

بحر المذهب

في فروع مذهب الإمام الشافعي
رضي الله عنه

تأليف

الشيخ الإمام أبي المحاسن

عبد الواحد بن إسماعيل الروياني

المتوفى سنة ٥٠٢ هـ

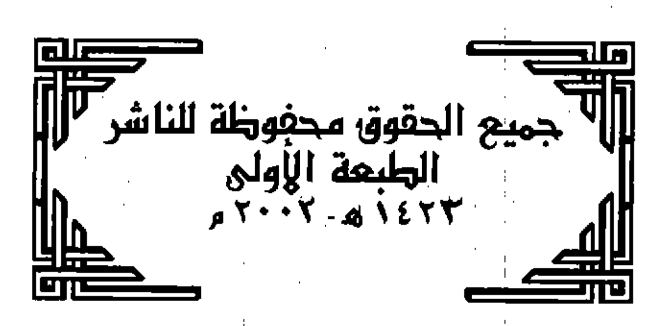
حققه وعلق عليه

أحمد عزو عناية الدمشقي

الجزء السادس

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان



دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب البيوع[1]

بَابُ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ وَنَهَى عَنْهُ من المبايعات وسنن النبي ﷺ فيه

قال الشافعي: قَالَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فَلَمَّا نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بُيُوعٍ تَرَاضَى بِهَا الْمُتَبَايِعَانِ اسْتَدْلَلْنَا أَنَّ اللَّهَ جَلَّ وَعَزَّ أَحَلَّ الْبُيُوعَ إِلاَّ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ ﷺ أَوْ مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ.

قال الماوردي: الأصلُ في إحلال البيوع: كتابُ اللَّهِ، وَسُنَّةُ نَبِيِّهِ، وإجماعُ الأمّةِ.

فأما الكتاب: فقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله سبحانه: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال ابن عباس: نزلت في السلم[2] وقوله سبحانه: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

قال ابن عباس: نزلت في إباحة التجارة في مواسم الحج[3]. أما السُّنَّةُ: فقد رويت عن رسول الله ﷺ قَوْلاً وفِعْلاً:

---

(١) أخي القارىء من بداية كتاب البيوع إلى قوله: مسألة لا يجوز بيع الدقيق بالخيطة» ناقص من الأصل ونظراً لكثرة نقل المؤلف عن الحاوي الكبير تم وضع هذا النقص من كتاب الحاوي تميماً للفائدة.

(٢) أخرج الطبري في «التفسير» (٦/ ٤٥) (٦٣٢١).

(٣) أخرجه البخاري في الحج، باب التجارة أيام الموسم والبيع في أسواق الجاهلية (١٧٧٠) وأبو داود في المناسك، باب الكري (١٧٣٤).

أمّا القول: فما روى الأعمش، عن أبي وائل، عن قيس بن أبي غرزة، قال: كنا في عهد رسول الله ﷺ نسمى السماسرة فمر بنا النبي ﷺ فسمانا باسم هو أحسن منه، فقال: «يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إِنّ البَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ والحَلْفُ، فَشَوِّبُوهُ بِالصَّدَقَةِ»[١].

وروي عن عبد الله بن عصمة، أن حكيم بن حزام حدثه أنه قال: يا رسول الله إنّي أشتري بيوعاً ما يحلُّ لي منها، وما يحرم، قال: «إِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعاً فَلاَ تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ، وَلاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[٢]. فدل على إباحة ما عدا ذلك. وروى ابن أبي كثير عن أبي راشد عن عبد الرحمن بن شبل قال: قال رسول الله ﷺ: «إنّ التُّجَّارَ هُمُ الْفُجَّارُ» قِيل: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَيْسَ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ؟ قال: «بَلَى وَلَكِنّهُمْ يُحَدِّثُونَ فَيَكْذِبُونَ وَيَحْلِفُونَ فَيَأْثَمُونَ»[٣]. وروى يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ خَيْرَ فِي التِّجَارَةِ إِلاَّ لِمَنْ لَمْ يَمْدَحْ بَيْعاً، وَلَمْ يَذُمَّ شِرى، وَكَسَبَ حَلالاً فَأَعْطَاهُ في حَقِّهِ، وَعَزَلَ مِنْ ذَلِكَ الحلفَ»[٤]. وروى أبو عبيد أن رسول الله ﷺ قال: «تِسْعَةُ أَعْشَارِ الرِّزْقِ فِي التِّجَارَةِ وَالْجُزْءُ الْبَاقِي فِي السَّبَايَا»[٥]، قال أبو عبيد: السَّبَايَا: النِتَاجُ.

وأمّا الفِعْلُ: من بيوعه التي عقدها بِنفسه فكثيرة لا تحصى عدداً، غير أنَّ المنقول منها ما اختص بأحكام، مستفادة فمن ذلك، ما روى أبو الزبير، عن جابر قال: اشترى رسول الله ﷺ من رجل من الأعراب حمل خَبَطٍ، فلمّا وَجَبَ البَيْعُ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اخْتَرْ» قَالَ الأَعْرَابِيُّ: عَمّركَ بَيْعاً»[٦].

وروى سمّاك بن حرب عن سويد بن قيس قال: جلبت أنا ومخرمة العبدي بَزّاً من هجر، فأتينا به مكة، فجاءنا رسول الله ﷺ فاشترى مِنّا سراويل ووزانٌ يزنُ بالأجرِ، فَقَالَ

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في التجارة يخالطها الحلف اللغو (٣٣٢٦)، وأحمد في «مسنده» (١٥٧٠٢).

(٢) أخرج نحوه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٢٣٢) والنسائي في البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع (٤٦١٣) وأبو داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٣) وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٢١٨٧).

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٧٥٦١).

(٤) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/١٦٧٦).

(٥) ذكره الحافظ في «المطالب العالية» (١٣٦٨).

(٦) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب بيع الخيار (٢١٨٤).

لِلْوَزَانِ: «زِنْ وَأَرْجِحْ»[(١)].

وروى عطاء عن جابر قال: كنت مع رسول الله ﷺ في سفر على جمل إنَّما هو في آخر القوم فَمَرَّ بِي رسول الله ﷺ وقال: «أَمَعَكَ قَضِيبٌ؟» قُلْتُ: نَعَمْ، فَأَعْطَيْتُهُ، فَنَخَسَهُ وَزَجَرَهُ، فَكَانَ فِي أَوَّلِ الْقَوْمِ، فَقَالَ: «بِعْنِيهِ» قُلْتُ: هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «بَلْ بِعْنِيهِ» قَالَ: «قَدْ أَخَذْتُه بِأَرْبَعَةِ دَنَانِير وَلَكَ ظَهْرُهُ حَتَّى نَأْتِيَ الْمَدِينَةَ». فَلَمَّا قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَا بِلاَلُ اقْضِهِ وَزِدْهُ» فَأَعْطَاهُ أَرْبَعَةَ دَنَانِيرَ وَقِيرَاطاً زَادَهُ[(٢)]، قَالَ جَابِرٌ: لاَ تُفَارِقُنِي زِيادَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وروى أبو بكر الحنفي عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ بَاعَ لِرَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ شَكَا فَقْراً قَدَحاً وحِلْساً بِدِرْهَمَيْنِ فِيمَنْ يَزِيدُ[(٣)].

وأمّا إِجْمَاعُ الأُمَّةِ: فظاهر فيهم من غير إنكار بجملته، وإن اختلفوا في كَيْفِيَّتِهِ وصفته، حتّى أن كبراء الصحابة ارتسموا وندبوا نفوسهم له، فروي أن أبا بكر - رضي الله عنه - كان تَاجِراً في البَزِّ وروي عن عمر - رضي الله عنه - أَنَّهُ كَانَ تَاجِراً فِي ٱلطَّعَامِ وَالأَقْطِ. وروي عن عثمان - رضي الله عنه - أَنَّهُ كانَ تَاجِراً فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ. وروي عن العباس - رضي الله عنه - أَنَّهُ كَانَ تَاجِراً فِي العِطْرِ. وعلى ذلك جرت أحوال الصحابة قبل الهجرة وبعدها، فَمِنْهُمْ مَنْ تَفَرَّدَ بِجِنْسٍ مِنْهَا، ومنهم من جلب في جميع صنوفها كعثمان وعبد الرحمٰن - رضي الله عنهما - فدلَّ مما ذكرنا أن البيع مباح.

فصل

في تفسير قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩] أما قوله: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ﴾ فمعناه: لا تأخذوا، فعبّر عن الأخذ بالأكل، لأنه معظم ما يقصد بالأخذ، كما قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠]، أي: يأخذون.

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في الرحجان في الوزن (١٣٠٥) والنسائي في البيوع، باب الرجحان في الوزن (٤٥٩٢) وأبو داود في البيوع، باب في الرححان في الوزن والوزن بالأجر (٣٣٣٦).

(٢) أخرجه البخاري في الوكالة، باب إذا وكل رجل رجلاً أن يعطي شيئاً (٢٣٠٩).

(٣) أخرجه النسائي في البيوع، باب البيع فيمن يزيد (٤٥٠٨) وأحمد في «مسنده» (١١٥٥٧).

وأما قوله: ﴿أَمْوَالَكُم﴾ ففيه تأويلان:

أَحَدُهُمَا: أنه أراد مال كل إنسان في نفسه أن لا يأخذه فيصرفه في المحظورات.
والثاني: أنَّ معناه: لا يأخذ بعضكم مال بعض، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩] أي: لا يقتل بعضكم بعضاً.

وأما قوله تعالى: ﴿بِٱلْبَٰطِلِ﴾ ففيه ثلاثة تأويلات: **أحدها**: أنه أراد أن يصرف في المحظورات. **والثاني**: أنَّ المراد به أن لا يؤخذ بالانتهاب والغارات على عادتهم في الجاهلية. **والثالث**: أن المراد بالباطل التجارات الفاسدة المألوفة عندهم في بيوع الجاهلية.

وأما قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً﴾. فلفظ إلاَّ موضوع في اللغة للاستثناء، ولكن اختلف الناس وأصحابُنَا معهم في المراد به في هذا الموضع على أربعة أقوال:

أحدها: أنَّ إلاَّ في هذا الموضوع لم يرد بها الاستثناء، وإنما معناها: لكن فيصير تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولكن كلوها تجارة عن تراض منكم، كقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔاۚ﴾ [النساء: ٩٢] معناه: وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً عمداً ولا خطأً، لكن إن قتله خطأً، فتحرير رقبة مؤمنة. وبهذا قال أبو إسحاق المروزي.

والثاني: أن معنى: إلَّا: في هذا الموضع معنى: الواو، فيكون تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، وكلوها تجارة عن تراض، كقوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَاۚ﴾ [الأنبياء: ٢٢] أي والله لفسدتا.

وقول الشاعر:

وَكُـــلُّ أَخٍ مُـــفَـــارِقُـــهُ أَخُـــوهُ   لَـــعَـــمْـــرُ أَبِـــيـــكَ إِلاَّ الـــفَـــرْقَـــدَانِ[1]

أي والفرقدان أيضاً سيفترقان، ولو أراد الاستثناء لقال: إلا الفرقدين.

والثالث: أنَّ معنى إلاَّ، في هذا الموضع معنى الاستثناء، غير أنه من مُضْمَرٍ دَلَّ عليه مُظْهَرٌ، ليصح أن استثناء من جنسه، فيكون تقدير الكلام: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولا بالتجارة، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، وهذا قول من منع الاستثناء من غير جنسه، وجعلوا ذلك كقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ١] وإنما معناه: أُحلت لكم بهيمة الأنعام والصيد إلاَّ أنْ تكونوا محرمين،

(١) البيت من الوافر وهو لعمرو بن معديكرب في ديوانه (١٧٨).

فيحرم عليكم الصيد.

والرابع: أن ذلك استثناء من غير جنسه، والدليل على جواز الاستثناء من غير جنسه ـ وهو أشبه بمذهب الشافعي ـ قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾ [مريم: ٦٢] وليس السلام من جنس اللغو.

وقال تعالى: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣٠] وليس إبليس من الملائكة. وقال تعالى: ﴿فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّيٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ ۝٧٧﴾ [الشعراء: ٧٧] وتعالى الله أن يكون من جنس من استثنى منه.

وقال الشاعر:

وَبَلْدَةٍ لَيْسَ بِهَا أَنِيسُ ... إلاَّ اليَعَافِيرُ وإلاَّ العِيسُ

والأنيس: الناس: واليعافير: حمير الوحش، وقيل: الظباء، واحدها يعفور مقلوب أعفر. والعيس: الإبل. واستثنى الحمير والإبل من جملة الناس.

وقال النابغة الذبياني:

وَقَفْتُ فِيهَا أُصَيْلاَناً أُسَائِلُهَا ... عَيَّتْ جَوَاباً وَلاَ بالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ

إِلاَّ أَوَارِيّ لأياً مَا أُبَيِّنُهَا ... والنّؤيُ كَالحَوْضِ بِالمَظْلُومَةِ الجَلِدِ[1]

فذكر أنه لم يبق بالربع أحد من الناس يسأله إلا الأواري، والعامة تقول: الأواري: هي المعالف.

وقال العَتَبِي: هي الحبال الممدودة يُشَدُّ عليها الدواب، وهو جمع واحدة أورى.

فصل

في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وذكر الشافعي معاني الآية مستوفاة جميعها في كتاب «الأمّ» بكلام وجيز، فقال: احتمل إحلالُ اللّه تعالى البيع في هذه الآية معنيين: **أحدهما**: أن يكون أحلَّ كل بيع تبايعه متبايعان جائزاً الأمر فيما يتبايعاه عن تراضٍ منهما، وهذا أظهر معانيه. **الثاني**: أن يكون أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله ﷺ المُبَيِّنِ عن اللَّهِ مَعْنى ما أَرَادَ. فيكون هذا من الجمل التي أَحْكَمَ فرضها في

(١) البيتان من البحر البسيط انظر الأغاني (١١/ ٢٧) ولسان العرب مادة (أصل) وديوان النابغة (١٤).

كتابه، وَبَيِّنَ كيف هي على لسان نبيّه، أو من العام الذي أُرِيدَ به الخاص، فَبَيَّنَ رسول الله ﷺ ما أراد بإحلاله منه وما حرّم، أو يكون داخلاً منهما، أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نبيّهِ منه وما في معناه ـ ثم قال: وأيُّ هذه المعاني كانَ، فقد أَلْزَمَ اللَّهُ خَلْقَهُ، بما فرض من طاعَةِ رسوله، وأنَّ ما قِيلَ عَنْهُ فَعَنْ اللَّهِ قِيلَ، لأنَّهُ بكتاب اللَّهِ قِيلَ فهذا قول الشافعي في معنى الآية.

وجملته: أن للشافعي في معنى الآية أربعة أقاويل: **أحدها**: أنَّها عامةٌ، وأنَّ لفظها لفظ عموم يتناول إباحة كل بيع إلاّ ما خَصَّهُ الدليل.

ووجه ذلك هو أن النبي ﷺ لما نهى عن بَيَّاعَاتٍ كانوا يستعملونها، ولم يقصد إلى بيان الجائز منها، وإنما قصد إلى بيان فاسدها منه فدلَّ بذلك على أن الآية قد شملت إباحة البَيَّاعَاتِ كلِّها، فاستثنى ما لا يجوز منها.

فعلى هذا هل هي عموم أُريدَ به العموم؟ أو عموم أُريدَ به الخصوص؟ على قولين:

أحدهما: أنها عموم أُريدَ به العموم وإن دخله دليل التخصيص. **والثاني**: أنها عموم أريدَ به الخصوص.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: هو أن العموم المطلق الذي يجري على عمومه وإن دخله التخصيص ما يكون المراد باللفظ أكثرُ، وما ليس بمراد باللفظ أقل، والعموم الذي أُريدَ به الخصوص ما يكون المراد باللفظ أقلُ وما ليس بمراد باللفظ أكثرُ.

والفرق الثاني: أن البيان فيما أريد به الخصوص مُتَقَدّم على اللفظ، وفيما أُريد به العموم مُتَأَخِّرٌ عن اللفظ أو مقترن به.

وعلى كلا القولين يجوز الاستدلال بها على إباحة البيوع المختلف فيها، ما لم يقم دليل التخصيص على إخراجها من عمومها.

فصل

القول الثاني: أنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان من السنة ووجه ذلك: هو أن من البياعات ما يجوز، ومنها ما لا يجوز، وليس في الآية ما يتميز به الجائز من غير الجائز، فاقتضى أن يكون من المجمل الذي لا نعقل المراد من ظاهره إلا ببيان يقترن به. فعلى هذا اختلف أصحابنا. هل هي مجملة بنفسها؟ لتعارض فيها أو هي مجملة

بغيرها؟ على وجهين:

أحدهما: مجملة بنفسها لتعارض فيها. وذلك أن قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ يقتضي جواز البيع متفاضلاً، وقوله: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ يقتضي تحريم البيع متفاضلاً، فصار آخرها معارضاً لأوَّلِها، فوقع الإجمال فيها بنفسها.

والوجه الثاني: أنها مجملة بغيرها، وذلك أنها تقتضي جواز كل بيع من غرر، ومعدوم، وغيره. وقد وردت السنة بالمنع من بيع الغَرَرِ، والمُلامَسَةِ، والمُنَابَذَةِ، وغير ذلك فصارت السنة معارضة لها، فوقع الإجمال فيها بغيرها. فإذا ثبت أنها مجملة بنفسها على أحد الوجهين، أو بغيرها على الوجه الثاني، فقد اختلف أصحابنا:

هل وقع الإجمال في صيغة لفظها وفي المعنى المراد بها؟ أو وقع الإجمال في المعنى المراد بها دون صيغة لفظها؟

على وجهين:

أحدهما: أن الإجمال في المعنى دون اللفظ، لأن لفظ البيع، اسم لغوي لم يرد من طريق الشرع، ومعناه معقول، إلا أنه لما قام بإزائه ما يُعَارِضُهُ تدافع العمومان، ولم يتعين المراد منهما إلا بالسنة، صارا مجملين لهذا المعنى، لأنّ اللفظ مُشْكِل المعنى.

والوجه الثاني: أن اللفظ مجمل، والمعنى المراد به مُشْكِلٌ، لأنه لما لم يكن المراد باللفظ ما وقع عليه الاسم، وصار مضمّناً بشرائط لم تكن معقولة في اللغة، خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه في اللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع، وإن كان له في اللغة معاني معقولة، كما قلنا في الصلاة: إنها مجملة، لأنها مضمنة بشرائط لم تكن معقولة في اللغة، وإن كان فيها معاني معقولة في اللغة كالخضوع وما يقع فيها من الدعاء، فكذلك لفظ البيع.

وعلى كلا الوجهين لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع من فساده، وإن دلت على إباحة البيع في أصله. وهذا فرقٌ ما بين العموم والمجمل، حيث جاز الاستدلال بظاهرة العموم، ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل. والله أعلم.

فصل

والقول الثالث: أنه داخل فيهما جميعاً، فيكون عموماً دخله الخصوص، ومجملاً لحقه التفسير، لقيام الدلالة عليهما.

فاختلف أصحابنا في وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه: **أحدها**: أنّ العموم في

اللفظ والإجمال في المعنى. فيكون اللفظ عموماً دخله الخصوص، والمعنى مجملاً لحقه التفسير.

والوجه الثاني: أن العموم في أوَّل الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ والإجمال في آخرها، وهو قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ فيكون أول الآية عاماً دخله التخصيص، وآخرها مجملاً لحقه التفسير.

والوجه الثالث: أن اللفظ كان مجملاً، فلما بينه النبي ﷺ صار عاماً. فيكون داخلاً في المجمل قبل البيان، وفي العموم بعد البيان. فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الأول. وعلى الوجهين الأولين: لا يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الثاني.

فصل

والقول الرابع: أنها تناولت بيعاً معهوداً، ونزلت بعد أن أحل النبي ﷺ بيوعاً وحرم بيوعاً، وكان قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ يعني: الي بَيَّنَهُ الرسول من قبلُ، وعرفهُ المسلمون منه، فَتَرَتَّبَ الكتابُ على السنةِ، وتناولت الآية بيعاً معهوداً.

وإنما كان كذلك، لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ فأدخل فيه الأَلِفَ واللاَمَ، وذلك يدخل في الكلام لأحد أمرين. إما لجنس، أو معهود. فلما لم يكن الجنس مراداً، لخروج بعضه منه، ثبت أنَّ المعهود مراد. فعلى هذا، لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا فساده، بل يرجع في حكم ما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التي عرف بها البيوع الصحيحة من الفاسدة. وإذا كان كذلك صار الفرق بينه وبين المجمل من وجه واحد. وبينه وبين العموم من وجهين.

فأما الوجه الذي يقع به الفرق بينه وبين المجمل:

فهو أن بيان النبي ﷺ فيما نهى عنه من البيوع وأمر به سابق للآية. وبيان المجمل مقترن باللفظ، أو متأخر عنه على مذهب من يجوّز تأخير البيان فافترقا من هذا الوجه.

أما الوجهان اللذان يقع بهما الفرق بينه وبين العموم: **فأحدهما**: ما مضى من تقديم البيان في المعهود، واقتران بيان التخصيص بالعموم.

والثاني: جواز الاستدلال بظاهر العموم فيما اختلف فيه من البيوع، وفساد الاستدلال بظاهر المعهود فيما اختلف فيه من البيوع.

فصل: القول في ماهية البيع

فإذا تقرر إحلال البيوع في الجملة. فحقيقة البيع في اللسان: تبدل شيء بشيء.

وحقيقته في الشرع: نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه. وإنما قلنا: نقل ملك، احترازاً مما لا يملك، وممن لا يملك. وقلنا: بعوض احترازاً من الهبات، ومما لا يجوز أن يكون عوضاً. وقلنا: على الوجه المأذون فيه، احترازاً من البيوع المنهى عنها كالملامسة والمنابذة.

أفضل المكاسب

وإذا كان ذلك حقيقة البيوع الجائز في الشرع.

فقد اختلف الناس: هل البيوع الجائزة من أجْلِ المكاسب وأطيبها؟ أو غيرها من المكاسب أجلُّ منها؟

فقال قوم: الزراعات أجلّ المكاسب كلِّها، وأطيب من البيوع وغيرها، لأن الإنسان في الاكتساب بها أحسن توكُّلاً، وأقوى إخلاصاً، وأكثر لأَمْرِ اللَّهِ تعالى تفويضاً وتسليماً.

وقال آخرون: إنَّ الصناعات أجلّ كسباً منها وأطيب من البيوع وغيرها، لأنها اكتساب تنال بِكَدّ الجسم وإتعاب النفس، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنَّ اللَّهَ يُحِبَ العَبْدَ المُحْتَرِفَ»[1] فظاهر الاحتراف بالنفس دون المال.

وقال آخرون: البَيَاعَاتَ أَجَلّ المكاسب كلّها، وأطيبُ من الزراعات وغيرها، وهو أشبه بمذهب الشافعي والعراقيين، حتى أن محمد بنَ الحسن قيل له: هَلاَّ صنعت كتاباً في الزهد، قال: قد فعلت، قيل: فما ذلك الكتاب؟ قال: هو كتاب البيوع. والدليل على أن البيوع أجلّ المكاسب كلها إذا وقعت على الوجه المأذون فيه: إن الله عز وجل صرح في كتابه بإحلالها، فقال ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ ولم يُصرِّحْ بإحلال غيرها، ولا ذكر جوازها وإباحتها.

وروت عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَطْيَبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ»[2] والكسب في كتاب الله التجارة. وروى رافع بن خديج قال: قال رجل: يا رسول الله أيُّ العملِ

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٢/٣٠٨).

(٢) أخرجه النسائي في البيوع، باب الحث على الكسب (٤٤٤٩)، وأبو داود في البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده (٣٥٢٨)، وابن ماجه في التجارات باب الحث على المكاسب (٢١٣٧).

أطيبُ؟ فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلّ بَيْعٍ مَبْرور»[١].

ولأنَّ البيوعَ أكثر مكاسب الصحابةِ، وهي أظهر فيهم من الزراعة والصناعة. ولأنَّ المنفعة بها أعم، والحاجة إليها أكثرُ، إذ ليس أحد يستغني عن ابتياع مأكول أو ملبوس، وقد يستغني عن صناعة وزراعة.

فإن قيل: فقد روى سلمان فقال: قال رسول الله ﷺ «لاَ تَكُنْ أَوَّلَ مَنْ يَدْخُلُ السُّوقَ وَلاَ آخِرَ مَنْ يَخْرُجُ مِنْهَا، فَإِنَّ فِيهَا بَاضَ الشَّيْطَانُ وَفَرخَ»[٢] فاقتضى أن يكون البيع مكروهاً، ليصح أن يكون عن ملازمته منهياً.

قيل: هذا غلط، كيف يصح أن يكره ما صرح اللَّهُ بإحلاله في كتابه؟ وإنَّما المراد بذلك أن لا يصرف أكثر زمانه إلى الاكتساب، ويشتغل به عن العبادةِ حتى يصير إليه منقطعاً، وبه متشاغلاً، كما روي عن الإمام علي بن أبي طالب كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنِ النَّوْمِ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ»[٣] يريد أن لا يجعله أكبر همه، حتى يبتدىء به في صدر يومه، لا أنه حرام.

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يا تُجارُ كُلُّكُمْ فُجَّارٌ إلاَّ مَن أخذ الْحَقَّ وأَعْطَى اْلحَقَّ»[٤] فجعل الفجور فيهم عموماً، ومعاطاة الحق خصوصاً، وليست هذه صفات أجل المكاسب.

قيل: إنما قال ذلك، لأن من البيوع ما يحل، ومنها ما يحرم، ومنها ما يستحب ومنها ما يكره، كما روي عنه ﷺ أنه قال: «لَوْ اتَّجَرَ أَهْلُ الْجَنَّةِ فِي الجَنَّةِ مَا اتَّجَرُوا إلاَّ فِي البُزِّ، وَلَوِ اتَّجَرَ أَهْلُ النَّارِ مَا اتَّجَرُوا إلاَّ فِي الصَّرْفِ»[٥] قال ذلك استحباباً لتجارة البز، وكراهة لتجارة الصرف. وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كَانَ يَبِيعُ الطَّعَامَ وَلَيْسَ لَهُ تِجَارَةٌ غَيْرَهُ، حَاطَ، أَوْ بَاعَ، أَوْ طَاغَ، أَوْ زَاغَ»[٦]، يريد بذلك كراهة

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٦٨١٤).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٦/ ٣٠٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب في السوم (٢٢٠٦).

(٤) أخرج نحوه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي إياهم (١٢٠٩) وابن ماجه في التجارات، باب التوقي في التجارة (٢١٤٦) والدارمي في البيوع، باب في التجار (٢٥٣٨).

(٥) ذكره الفتني في «تذكرة الموضوعات» (١٣٥).

(٦) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١/ ٢٨٥).

التفرد بالتجارة في هذا الجنس.

وليس كلامنا فيما كره منها، وإنما الكلام فيما استحب منها، وهو ما استثناه رسول الله ﷺ منها.

فصل: في شروط البيع

فإذا ثبت ما ذكرنا في حقيقة البيع وانتقال الملك به. فقد ذكر الشافعي في كتاب «الأم» ما يلزم به البيع وما يجوز أن يفسخ به البيع. فقال: وجماع ما يجوز من كلّ بيعِ آجِلٍ وعاجِلٍ، وما لزمه اسم بيع بوجه، لا يلزم البائع والمشتري حتى يجتمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقداه بأمر منهى عنه، ولا على أمر منهى عنه، وأن يتفرّقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع، فإذا اجتمع هذا لزم كلَّ واحد منهما البيعُ فلم يكن له رده إلا بخيار، أو في عيب يجده، أو شرط يشترطه، أو خيار الرؤية ـ إن جاز خيار الرؤية ـ إن جاز خيار الرؤية ـ ومتى لم يكن هذا لم يقع البيع بين المتبايعين. وحكى المزنيّ عن الشافعي في جامعه الكبير: مثله سواء فأراد الشافعي بهذه الجملة أن يبيّن شروط العقد، وشروط الرد.

فأما شروط العقد التي يصير بها لازماً فأربعة:

أحدها: أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به حتى لا يكونا مكرهين ولا أحدهما، لأن بيع المكره لا يصح.

والثاني: أن لا يعقداه بأمر منهى عنه يعني بذلك الأجل المجهول والشروط المبطلة للعقود، وما ورد النهي في تحريمه من البيوع كالملامسة والمنابذة.

والثالث: أن لا يعقداه على أمر منهي عنه، يعني بذلك الأعيان المحرمة كالخمر والخنزير، وما لا منفعة فيه كالهوام والحشرات.

وهذه الثلاثة هي شروط في صحة العقد، فمتى أخلَّ بشرط منها، فسد العقد.

والرابع: أن يفترقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع.

وهذا شرط في لزوم العقد بعد وقوع صحته.

وكان ابن المرزبان وغيره من أصحابنا يضمون إلى الأربعة شرطاً خامساً: وهو أن يكون المتبايعان جائزي الأمر، فلا يكونا، ولا أحدهما محجوراً عليه بصغر أو جنون، أو سفه، لأن بيع المحجور عليه باطل. وامتنع سائر أصحابنا من تخريج هذا الشرط الخامس.

وأجابوا عنه بجوابين: **أحدهما**: أن هذا شرط في البائع لا في البيع، والشافعي إنما ذكر شروط البيع، وهذا جواب البغداديين.

والثاني: وهو جواب البصريين أن ذلك داخل في جملة الشرط الثاني وهو أن لا يعقداه بأمر منهى عنه، لأن عقد المحجور عليه منهي عنه، فلم يحتج أن يجعله شرطاً خامساً. وهذا أصح الجوابين، لأن الشافعي قد ذكر في الشرط الأول أن يعقداه عن تراض، وهذا شرط في البائع دون البيع. فهذه شروط العقد.

فأما شروط الرد وما يكون به الفسخ فأربعة أيضاً:

أحدها: الخيار الموضوع للفسخ، وهو أحد خيارين: إما خيار المجلس أو خيار الثلاث. **والثاني**: وجود العيب بالمبيع، فيستحق به خيار الفسخ. **والثالث**: شرط يشترطه في العقد فيعقده، مثل أن يشترط في العقد رهناً في الثمن به أو كفيلاً به، فيمتنع المشتري من دفع الرهن فيه أو الكفيل به، فيكون للبائع الفسخ، أو يشترط المشتري في ابتياع العبد أنه ذو صنعة، فيجده لا يحسنها فيكون للمشتري الفسخ.

والرابع: الرؤية في بيع العين الغائبة على خيار الرؤية، إذا قيل بجوازه، فيستحق به الفسخ على ما سيأتي. فهذه شروط الرد مع ما تقدم من شروط العقد.

مسألة: في بيع العين الغائبة

قَالَ الشَّافِعِيّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا عَقَدَا بَيْعاً مِمَّا يَجُوزُ وَٱفْتَرَقَا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا بِهِ لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ مِنْهُمَا رَدُّهُ إلاَّ بِعَيْبٍ أَوْ بِشَرْطِ خِيَارٍ (قال المزني) وَقَدْ أَجَازَ فِي الإِمْلاَءِ وَفِي كِتَابِ الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ وَفِي الصَّدَاقِ وَفِي الصُّلْحِ خيارَ الرُّؤْيَةِ وَهَذَا كُلُّهُ غَيرُ جَائِز في مَعْنَاهُ (قال المزني) وَهَذَا بِنَفْيِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ أَولَى بِهِ إِذْ أَصْلُ قَوْلِهِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَيْعَ بَيْعَانِ لاَ ثَالِثَ لَهُمَا صِفَةٌ مَضْمُونَةٌ وَعَيْنٌ مَعْرُوفَةٌ وَأَنَّهُ يُبْطِلُ بَيْع الثَّوْبِ لَمْ يُرَ بَعْضُهُ لِجَهْلِهِ بِهِ فَكَيْفَ يُجِيزُ شِرَاءَ مَالَمْ يُرَ شَيْئاً مِنْهُ قَطُّ وَلاَ يَدْرِي أَنَّهُ ثَوْبٌ أَمْ لاَ حَتَّى يَجْعَلَ لَهُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ».

قال الماوردي: هذا كما قال: البيوع نوعان: بيع رقبة، وبيع منفعة:

فأما بيع المنافع فهو الإجارات، وقد قال الشافعي: إنها صنف من البيوع، ولها كتاب:

وأما بيع الرقاب، فضربان:

بيوع أعيان، وبيوع صفات: فأما بيوع الصفات: فالسلم، وله باب. وأما بيوع

الأعيان، فضربان: عين حاضرة، وعين غائبة. فأما العين الحاضرة، فبيعها جائز. وأما العين الغائبة فعلى ضربين: موصوفة، وغير موصوفة: فإن كانت غير موصوفة، فبيعها باطل. وإن كانت موصوفة ففي جواز بيعها قولان: وقال أبو حنيفة: يجوز بيع العين الغائبة موصوفة كانت أو غير موصوفة. وقال مالك: يجوز بيعها موصوفة، ولا يجوز بيعها غير موصوفة.

الأدلة: استدل من أجاز بيع العين الغائبة:

بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾.

وبما روى هشام عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ - أنه قال «مَنْ اشْتَرَى مَا لَم يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رآهُ»[١]. وقالوا: ولأنه إجماع الصحابة: روي أن عثمان بن عفان وطلحة بن عبيد الله - رضي الله عنهما - تناقلا دارين: إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة، فقيل لعثمان: غبنت فقال: لا أبالي لي الخيار إذا رأيتها، فترافعا إلى جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة[٢].

وروي أن عبد الله بن عمر اشترى أرضاً لم يرها[٣]. وروي أن عبد الرحمٰن بن عوف اشترى إبلاً لم يرها.

فصار هذا قول خمسة من الصحابة، وليس لهم مخالف، فثبت أنه إجماع. ولأنه عقد معاوضة، فوجب أن لا يمنع منه فقد رؤية المعقود عليه كالنكاح.

ولأن فقد رؤية المبيع ليس فيه أكثر من الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، لا يمنع من صحة العقد عليه، وإنما يثبت الخيار فيه كالمبيع إذا ظهر على عيبه والمفقود للرؤية بقشره، ولأن الرؤية لو كانت شرطاً في بيوع الأعيان كالصفة في بيوع الصفات لوجب أن يكون رؤية جميع المبيع شرطاً في صحة العقد، كما أن صفة جميع السلم فيه شرط في صحته، فلما كان مشتري الصبرة إذ رأى بعضها جاز له أن يبتاع جميعها، علم أن الرؤية ليست شرطاً في بيوع الأعيان. ولأن الرؤية لو كانت شرطاً في صحة العقد. لكان وجودها شرطاً في حال العقد، ولم يستغن برؤية تقدمت العقد، كالصفات في السلم، وذكر الثمن، فلما صح العقد بالرؤية المتقدمة على العقد ثبت أنها

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٥/٢٦٨).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٥/٢٦٨).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٥/٢٦٧).

ليست بشرط في صحة العقد.

والدلالة على بطلان البيع: رواية أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ»[١]. وحقيقة الغرر؛ ما تردد بين جائزين أخوفهما أغلبهما.

وبيع خيار الرؤية غرر من وجهين:

أحدهما: أنه لا يعلم هل المبيع سالم أو هالك؟ **والثاني**: أنه لا يعلم هل يصل إليه أو لا يصل؟

وروي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ غَائِبٍ بِنَاجِزٍ»[٢]، ولم يفصل بين صرف وغيره، فهو على عمومه. وروي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ المُلاَمَسَةِ»[٣]، فالملامسة: بيع الثوب المطوي. فإذا نهى عن الملامسة لجهل بالمبيع، وإن كان الثوب حاضراً، كان بطلانه أولى إذا كان غائباً. ولأن بيع الصفة إذا عُلِّقَ بالعَيْنِ بطل، كذلك بيع العين إذا عُلّقَ بالصفة بطل.

وتحريره قياساً: أنه بيع عين بصفة، فوجب أن يكون باطلاً، كالسلم في الأعيان.

ولأنَّ الاعتماد في السلم على الصفة، والاعتماد في بيع الأعيان على الرؤية؛ لأنَّ السلم يصير معلوماً بالصفة، كما أن العين تصير معلومة بالرؤية.

فإذا تقرر أن السلم إذا لم يوصف حتى يصير السلم فيه معلوماً بطل العقد، وجب إذا لم ير العين حتى تصير معلومة بالرؤية أن يبطل العقد، إذ الإخلال بالرؤية في المرئيات كالإخلال بالصفة في الموصوفات. وتحرير ذلك قياساً: إن جهل المشتري بصفات المبيع يمنع صحة العقد كالسلم إذا لم يوصف. ولأنه بيع مجهول الصفة عند المتعاقدين فوجب أن يكون باطلاً، كقوله: بعتك عبداً أو ثوباً.

فإن قيل: إنما بطل إذا باعه عبداً، لا أنه غير معين ولا يمكن تسليمه لأنه بطل لكونه مجهول الصفة. قيل: فلا يصح أن يكون بطلانه لكونه غير معين، لأن السلم يصح وهو غير

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة وبيع الذي فيه غرر (١٥١٣) والترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر (١٢٣٠) والنسائي في البيوع باب بيع الحصاة (٤٥١٨).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الفضة بالفضة (٢١٧٧) ومسلم في المساقاة باب الربا (١٥٨٤) والترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في الصرف (١٢٤١).

(٣) أخرجه البخاري في اللباس، باب اشتمال الصماء (٥٨٢٠) ومسلم في البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (١٥١٢).

معين، فثبت أنه بطل لكونه مجهول الصفة، ويمكن تسليم عبد وسط.

ولأنه بيع عين لم ير شيئاً منها، فوجب أن لا يصح كالسمك في الماء والطير في الهواء. ولأنه خيار ممتد بعد المجلس غير موضوع لاستدراك الغبن، فوجب أن يمنع صحة العقد، أصله إذا اشترط خياراً مطلقاً.

فأما الجواب عن الاستدلال بالآية: إنْ سُلِّمَ أَنَّها عامة فخصصها بما ذكرنا من الأدلّة.

وأما الجواب عن حديث أبي هريرة:

فقد قال الحفاظ من حملة الآثار والجَهَابِذَةُ من نَقَلَة الأخبار: أنّ عمر بن إبراهيم الأهوازي تفرد بروايته، وهو مشهور باختراع الأحاديث ووضعها، ومن كانت هذه منزلته، فغير ملتفت إلى روايته. على أنه لو صح، لأمكن استعماله من ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن قوله «مَنِ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخَيَارِ إِذَا رَآهُ» في الاستئناف للعقد عليه، لا في استصحاب العقد المتقدم منه. **والثاني**: أنه محمول على السلم الذي لم يره، فهو بالخيار إذا رآه ناقصاً عن الصفة. **والثالث**: أنه محمول على من اشترى ما لم يره في حال العقد إذا كان قد رآه قبل العقد، فهو بالخيار إذا وجده ناقصاً فيما بعد.

أما الجواب عما ذكره من الإجماع: فقد خالف فيه عمر، فبطل أن يكون إجماعاً يحتج به، أو دلالة تلزم، ولو لم يكن عمر مخالفاً، لكان قول خمسة لا يعلم انتشاره في جميعهم، والقياس يخالفه، فوجب أن يقدم عليه.

وأما الجواب عن قياسهم على النكاح، فالفرق بينهما يمنع من صحة الجمع، وهو أن الرؤية موضوعة لاستدراك الصفة وليس المقصود في النكاح صفة المنكوحة، وإنما المقصود فيه الوصلة، ألا تراه لو وجدها معيبة لم يكن له خيار، فكذلك لم يكن الجهل بصفاتها مانعاً من صحة العقد عليها، وصفات المبيع مقصودة في البيع، بدليل أنه لو وجده معيباً كان له الخيار، وكذلك كان الجهل بصفاته مانعاً من صحة العقد عليه.

على أن أبا حنيفة قد فرّق بين النكاح والبيع في الرؤية، فقال: عقد النكاح لازم قبل الرؤية، وعقد البيع في العين الغائبة لا يلزم إلا بالرؤية. فيقال له: لما كانت الرؤية شرطاً في لزوم البيع، كانت شرطاً في انعقاده، ولما لم تكن الرؤية شرطاً في لزوم النكاح، لم تكن شرطاً في انعقاده.

وأما الجواب عن قولهم: إن فقد الرؤية يوقع الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، يوجب الخيار، ولا يوجب فساد العقد كالمعيب والمستور بقشره. فهو أن المعيب

والمستور بقشره قد جهل بعض صفاته، والغائب قد جهل جميع صفاته، والجهل ببعض الصفات لا يساوي حكم الجهل بجميعها، لأمرين:

أحدهما: أنه قد يستدل بالأمر المشاهد على ما ليس بمشاهد، فيصير الكل في حكم المعلوم وليس كذلك الغائب الذي لم يشاهد شيئاً منه.

والثاني: أن الرؤية على ضربين: رؤية لا تلحق فيها المشقة وهي رؤية الجمل دون جميع الأجزاء، ورؤية تلحق فيها المشقة وهي رؤية جميع الأجزاء كالعيوب الخفية والمأكولات التي في قشورها. فالرؤية التي تجب وتكون شرطاً في صحة العقد، هي رؤية الجملة لعدم المشقة فيها دون رؤية جميع الأجزاء لوجود المشقة فيها.

وأما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً كالصفة، لوجب أن تكون رؤية الجميع شرطاً كالصفة: فهو أن رؤية البعض قد أقيمت في الشرع مقام رؤية الكل، بدليل أن ما لم يشاهد منه لا خيار فيه إذا شوهد إلا بوجود عيب، ولو لم يكن كالمشاهد، لثبت فيه الخيار كالغائب، وليس كذلك الصفة؛ لأن صفة البعض لم يَجْرِ عليها في الشرع حكم صفة الكل، فافترقا من حيث ظن أنهما قد اجتمعا.

وأما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً، لكان وجودها حال العقد شرطاً كالصفة في السلم. فهو أن الرؤية قبل العقد تجعل المبيع معلوماً في حال العقد، والصفة قبل العقد لا تجعل المسلم فيه معلوماً في حال العقد، فلذلك لزم أن تكون الصفة مع العقد، ولم يلزم أن تكون الرؤية مع العقد.

فصل

فإذا ثبت أن بيع العين الغائبة باطل إذا لم توصف، ففي جواز بيعها إذا وصفت قولان: أحدهما: يجوز. نص عليه في ستة كتب: في القديم، والإملاء، والصلح، والصداق، والصرف، والمزارعة، وبه قال جمهور أصحابنا.

والقول الثاني: أنه لا يجوز، وهو أظهرهما: نص عليه في ستة كتب: في الرسالة، والسنن، والإجارة، والغصب، والاستبراء، والصرف في باب العروض وبه قال حماد ابن أبي سليمان، والحكم بن عتيبة، وهو اختيار المزني والربيع، والبويطي.

وقد يدخل توجيه القولين فيما تقدم من الحجاجين. فأما المزني: فإنه احتج من قول الشافعي على بطلان بيع العين الغائبة، بشيئين:

أحدهما: أن قال: أصل قوله ومعناه: أن البيع بيعان لا ثالث لهما: صفة مضمونة،

وعين معروفة.

والثاني: أن قال: فإنه يبطل بيع الثوب يرى بعضه، فكيف يجيز شرى ما لم ير شيئاً منه قط، ولا يدري أنه ثوب أم لا، حتى يجعل له خيار الرؤية.

والجواب عما ذكره من الفصل الأول من وجهين: **أحدهما**: أن الشافعي إنما قال: البيع بيعان لا ثالث لهما، على القول الذي لا يجيز فيه بيع خيار الرؤية. فأما على القول الأخير، فقد قال في كتاب الصرف في باب بيع العروض ولا يجوز من البيوع إلا ثلاثة: بيع عين حاضرة، وبيع عين غائبة، فإذا رآها المشتري فله الخيار، وصفة مضمومة، فبطل هذا.

والثاني: أن الشافعي قصد بقوله: البيع بيعان، الفرق بين بيوع الصفات المضمونة في الذمم، وبين بيوع الأعيان غير المضمونة في الذمم. وهذا ينقسم قسمين: عين حاضرة، وعين غائبة.

وأما الفصل الثاني: في بيع الثوب يرى بعضه: فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن الشافعي إنما أبطل بيع الثوب يرى بعضه، على القول الذي لا يجيز فيه بيع خيار الرؤية، فأما على القول الذي يجيزه، فهذا البيع أجوز، وكيف يجيز بيع ما لم ير شيئاً منه؟ ولا يجيز بيع ذلك الشيء وقد رأى بعضه؟ هذا مما لا يتوهم على الشافعي. فعلى هذا يسقط احتجاج المزني به.

والوجه الثاني: وهو قول كثير من أصحابنا البصريين وغيرهم أن بيع الثوب يرى بعضه لا يجوز على القولين معاً. والفرق بينه وبين العين الغائبة من وجهين:

أحدهما: أن الثوب إذا رأى بعضه اجتمع فيه حكمان مختلفان، لأن ما رأى منه لا خيار له فيه، وما لم ير منه له فيه الخيار، فصارا حكمين متضادين جمعهما عقد واحد، فبطل، وليس كذلك إذا كان غائباً كله.

والثاني: أن بيع العين الغائبة إنما أجيز على خيار الرؤية، للضرورة الداعية عند تعذر الرؤية، لينفع النفع العاجل للبائع بتعجيل الثمن، وللمشتري بالاسترخاص وليس كذلك في العين الحاضرة؛ لأن الضرورة ليست داعية إليه ولا الرؤية متعذرة منه.

فصل

فإذا تقرر أن بيع العين الغائبة إذا وصفت على قولين: فإن قيل: إن بيعها غير جائز فلا تفريع عليه. وإن قيل: إن بيعها جائز إذا وصفت، فلا يخلو حال البائع الواصف لها من

أحد أمرين: إما أن يكون قد وصفها عن مشاهدة، أو عن صفة: فإن كان قد وصفها عن مشاهدة، جاز. وإن كان قد وصفها عن صفة؛ لأنه كان قد وكل في ابتياعها وكيلاً، ووصفها الوكيل له بعد الابتياع من غير مشاهدة، ثم وصفها البائع عن صفة الوكيل، ففي جواز ذلك وجهان:

أحدهما: أنه جائز؛ لأنه لما جاز أن يشتري المشتري بالصفة من غير رؤية؛ جاز أن يبيع البائع بالصفة من غير رؤية.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز، وبه قال ابن أبي هريرة لأمرين: **أحدهما**: أن المبيع إذا لم يره البائع والمشتري، كان أكثر غرراً، وإذا لم يره المشتري وحده، كان أقل غرراً، والغرر إذا قل في العقد عفي عنه، وإذا كثر لم يعف عنه.

والثاني: أن البائع إذا وصفها من غير رؤية، صار بائعاً لها بصفة عن صفة. وذلك غير جائز كالأعمى في بيوع الأعيان لا يصح منه؛ لأنه يبيعها بصفة عن صفة. فعلى هذين التعليلين لو كان المشتري قد رأى المبيع ولم يره البائع لكن وصفه له، فعلى الأول يجوز لقلة الغرر برؤية أحدهما، وعلى التعليل الثاني لا يجوز، لأنه يصير بائعاً بصفة عن صفة.

فصل

فأما كيفية الصفة: فلا بد من ذكر الجنس والنوع.

فالجنس أن يقول: عبد أو ثوب. والنوع أن يقول في الثوب: إنه قطن أو كتان، وفي العبد أن يقول: رومي أو زنجي، ليصير المبيع معلوم الجملة عند المشتري وهل يحتاج مع ذكر الجنس والنوع إلى ذكر الصفة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتاج إلى ذكر الصفة، ويجوز أن يقتصر على ذكر الجنس والنوع؛ لأنه مبيع لم يتعلق بالذمة، فلم يحتج إلى صفة كسائر الأعيان.

والوجه الثاني: لا بد من ذكر الصفة، لأنه مبيع غائب، فافتقر إلى ذكر الصفة كالمسلم فيه. فعلى هذا إذا قيل: إن الصفة شرط في صحة العقد، فهل يصح أن يصفه بأقل صفاته أو لا يصح إلا بذكر أكثر صفاته؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح أن يصفه بأقل صفاته، لأنه قد يخرج بذلك عن الجهالة. فعلى هذا يذكر في العبد الرومي بصفة أنه خماسي أو سداسي، وفي الثوب القطن أنه مروي أو هروي.

والوجه الثاني: أنه لا يصح حتى يصفه بأكثر صفاته؛ ليتميز بكثرة الصفات عن غيره من الموصوفات. فعلى هذا يذكر في العبد الرومي الخماسي قده وبدنه، وفي الثوب القطن المروي طوله وعرضه.

فأما ذكر جميع صفاته فليست شرطاً باتفاق أصحابنا، فإن وصفه بجميع صفاته فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال البغداديون: يجوز؛ لأنه أنفى للجهالة، وأبلغ في التمييز.

وقال البصريون: لا يجوز؛ لأنه يخرج عن بيوع الأعيان، ويصير من بيوع السلم، والسلم في الأعيان لا يجوز، فكذلك وصف العين الغائبة بجميع صفاتها لا يجوز. فهذا حكم الصفة.

فصل: بيان موضع البيع

فأما ذكر موضع المبيع، فيختلف بحسب اختلاف المبيع.

فإن كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والعقار، فلا بد من ذكر البلد الذي فيه، فيقول: بعتك داراً بالبصرة أو بغداد، لأنَّ بذكر البلد، يتحقق ذكر الجنس، ويصير في جملة المعلوم. فأما ذكر البقعة من البلد؟ ففيه وجهان:

أحدهما: يلزم ذكرها. **والثاني**: لا يلزم ذكرها؛ لأن البقعة تجري مجرى الصفة.

فأما إن كان المبيع الغائب مما ينقل ويحول كالعبد والثوب، فلا بد من ذكر البلد الذي هو فيه، لأن القبض يتعجل إن كان البلد قريباً، ويتأخر إن كان البلد بعيداً، فافتقر العقد إلى ذكره؛ ليعلم به تعجيل القبض من تأخيره.

فأما ذكر البقعة من البلد، فلا يلزم، لأن البلد الواحد لا يختلف أطرافه كالبلاد المختلفة. فإذا ذكر له البلد الذي هو فيه، فالواجب أن يسلمه إليه في ذلك البلد لا في غيره، فإن شرط المشتري على البائع أن يسلمه إليه في البلد الذي تبايعا فيه وهو في غيره لم يجز، وكان البيع فاسداً. فإذا قيل: أليس لو شرط في السلم أن يسلمه في بلد بعينه جاز، فهلا جاز مثل ذلك في العين الغائبة؟

قيل: لأنّ السلم مضمون في الذمّة، وليس يختص بموضع دون غيره، فاستوى جميع المواضع فيه، فافتقر إلى ذكر الموضع الذي يقع القبض فيه، وليس كذلك العين الغائبة، لأنها غير مضمونة في الذمّة، وهي معينة قد اختصت بموضع هي فيه فلم يجز اشتراط نقلها إلى غيره، لأنه يصير تبعاً وشرطاً في معنى بيع ثوب على أنه على البائع خياطته، أو طعام أن على البائع طحنه.

هل العقد قبل الرؤية تام أم لا؟ فإذا عقد بيع العين الغائبة على الوصف المشروط فيه. فقد اختلف أصحابنا هل يكون العقد تاماً قبل الرؤية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن العقد ليس بتامٍّ قبل الرؤية، لأن تمام العقد يكون بالرضا به وقبل الرؤية لم يقع الرضا به، فلم يكن العقد تامًّا، فعلى هذا، لو مات أحدهما بطل العقدُ، ولم يقم وارثه مقامه، لأنَّ العقود غير اللازمة، تبطل بالموت، وكذلك لو جُنَّ أحدهما، أو حجر عليه بسفه بطل العقد. وعلى هذا لكل واحد من البائع والمشتري أن يفسخ العقد قبل الرؤية.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن العقد قد تم قبل الرؤية بالبذل والقبول، وإنما فيه خيار المجلس ما لم يتفرّقا، كسائر البيوع. فعلى هذا لو مات أحدهما لم يبطل العقد، وقام وارثه مقامه وكذلك لو جن أحدهما، أو حجر عليه بسفه، لم يبطل العقد وقام وليُّه مقامه. وعلى هذا ليس لواحد منهما بعد الافتراق وقبل الرؤية أن يفسخ العقد.

فصل: بيان وقت الخيار

فإذا رأى المشتري السلعة المبيعة، فهل يثبت له خيار المجلس أو خيار العيب؟ على وجهين:

أحدهما: يثبت له خيار المجلس - وهو قول أبي إسحاق - لأن عنده بالرؤية تم العقد. فعلى هذا له الخيار في الفسخ على التراخي، ما لم يفارق مجلسه، سواء وجد السلعة ناقصة عما وصفت أم لا. وله أن يشترط في المجلس خيار الثلاث، وتأجيل الثمن، والزيادة فيه، والنقصان منه.

والوجه الثاني: يثبت له بالرؤية خيار العيب - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - لأن عنده أنَّ بالبذل والقبول، قد تمَّ العقد. فعلى هذا إن وجدها على ما وصفت لم يكن له خيار، وإن وجدها ناقصة، كان له الخيار في الفسخ على الفور.

ولا يجوز أن يشترط بعد الرؤية خيار الثلاث، ولا تأجيل الثمن، ولا الزيادة فيه والنقصان منه.

فصل

فأما خيار البائع، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون بيعه عن رؤية، أو عن صفة: فإن كان بيعه عن رؤية، فهل له الخيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الخيار ـ وهو قول أبي إسحاق ـ لأن عنده أن بالرؤية يثبت خيار المجلس.

والوجه الثاني: لا خيار له ـ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ لأنه يقول: إن العقد قد تم، وبالرؤية يثبت خيار العيب. وإن كان بيعه عن صفة، وجوّزناه على أحد الوجهين، فلا يخلو حاله عند رؤية المبيع من أحد أمرين: إما أن يجده زائداً على ما وصف له، أو غير زائد. فإن وجده زائداً عما وصف له، فله الخيار في الفسخ، لا يختلف كالمشتري إذا رآه ناقصاً. وهل يكون خياره على الفور أو على التراخي؟ على وجهين:

أحدهما: على التراخي ما لم يفارق مجلسه، وهو قول أبي إسحاق. **والثاني**: على الفور، وهو قول أبي علي. فإن لم يجده زائداً، فهل له الخيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: له الخيار؛ لأن عنده أن العقد يتمّ بالرؤية، ويثبت بعدها خيار المجلس. **والثاني**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: لا خيار له، لأن عنده أن العقد قد تمّ بالبذل والقبول، ويثبت بالرؤية خيار العيب. فهذا الكلام في بيع العين الغائبة على خيار الرؤية وما يتعلق عليه من أحكام.

فصل

فأما بيع العين الغائبة بغير شرط خيار الرؤية فباطل لا يختلف فيه المذهب، لأنه بيع ناجز على عين غائبة، وهو أصل الغرر.

وأما بيع العين الحاضرة على شرط خيار الرؤية، كثوب في سفط، أو مطوي، يبيعه موصوفاً من غير رؤية، بشرط خيار الرؤية. فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه كبيع العين الغائبة على قولين؛ لأن الحاضر يساوي الغائب في العلم به إذا وصف، ويزيد عليه في زوال الغرر بتعجيل القبض.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز قولاً واحداً، بخلاف العين الغائبة، وهو قول أكثر أصحابنا، وإليه أشار أبو إسحاق المروزي، وابن أبي هريرة، لأن الحاضر مقدور على رؤيته، فارتفعت الضرورة في جواز بيعه على خيار الرؤية، والغائب لما لم يقدر على رؤيته دعت الضرورة إلى جواز بيعه على خيار الرؤية.

فأما بيع السلجم، والجزر، والبصل، والفجل، في الأرض قبل قلعه على شرط خيار الرؤية. فقد كان بعض أصحابنا يخرج جواز بيعه على قولين كالعين الغائبة. وقال سائر أصحابنا: إن بيع ذلك باطل قولاً واحداً. والفرق بين هذا وبين العين الغائبة من وجهين:

أحدهما: أن وصف الغائب ممكن؛ لتقدم الرؤية له، ووصف هذا في الأرض قبل قلعه غير ممكن.

والثاني: أن المشتري إذا فسخ بيع الغائب، أمكن ردّه إلى حاله، وإذا فسخ بيع هذا المقلوع من الأرض، لم يمكن ردّه إلى حاله. فأما بيع التمر المكنون في قواصره وَجِلاَلِهِ: فقد كان بعض أصحابنا يخرج بيعه على قولين كالغائب.

وقال سائر أصحابنا البصريين: يجوز بيعه في قواصره، قولاً واحداً إذا شاهد رأس كل قوصرة؛ لأن في كسر كل قوصرة لمشاهدة ما فيها مشقة وفساداً، وقد أجمع عليه علماء الأعصار بالبصرة. وأما ما سوى التمر من الأمتعة التي في أوعيتها، فلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن يكون ذائباً، أو غير ذائب. فإن كان ذائباً كالزيت والعسل، فإذا شاهد يسيراً مما في الوعاء أجزأه عن مشاهدة جميعه وجاز بيعه قولاً واحداً، كالصبرة من الطعام.

وإن كان غير ذائب فعلى ضربين: **أحدهما**: أن يكون مما تتفاوت أجزاؤه، ويباين بعضه بعضاً، كالثياب، فلا يجوز بيعها إلا بمشاهدة جميعها، إلا أن يبيعها من غير مشاهدة بشرط خيار الرؤية، فيكون في حكم بيع العين الغائبة أو الحاضرة على خيار الرؤية.

والثاني: إن كان مما تتماثل أجزاؤه في الغالب، أو تتقارب كالدقيق والقطن.

فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال بعضهم: لا يصح بيعه إلا برؤية جميعه كالثياب. وقال آخرون: يجوز بيعه برؤية بعضه كالذائب.

فصل

قال الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف: ولا يجوز بيع خيار الرؤية مؤجلاً ولا بصفة. فأما قوله: مؤجلاً: يعني به تأجيل تسليم المبيع، كقوله بعتك داراً بالبصرة، أو بغداد، على أن أسلمها إليك بعد شهر، فهذا باطل، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القرض، وذلك غير جائز. فإن قيل: فقبض الغائب لا بدّ أن يكون مؤخراً. قيل: هو مؤخر بغير أجل محدود، فجاز، وليس كذلك مع الشرط؛ لأنه قد يقدر على التسليم قبل الأجل، فيؤخّره لأجل الشرط، وقد لا يقدر عليه عند الأجل، فيلزم تسليم ما لا يقدر عليه بالشرط.

وأما قوله: ولا بصفة. فقد اختلف أصحابنا في تأويلها على وجهين:

أحدهما: وهو تأويل البصريين: أن يصف العين الغائبة بجميع صفاتها، فلا يجوز، لأنها تصير على قولهم في معنى السلم في الأعيان. **والثاني**: تأويل البغداديين: أن يجعل بيع العين الغائبة مضموناً في ذمّته، فلا يجوز كالسلم في الأعيان.

قال الشافعي: ويجوز بيع العين الغائبة بثمن حال ومؤجل؛ لأن بيوع الأعيان يصح تأجيل الثمن فيها، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة، لأنه بيع عين بدين، وليس كالسلم المضمون في الذمم، فلا يصح بيعه بمؤجل؛ لأنّه يصير في معنى بيع الدين بالدين. فهذا جملة الكلام في بيع خيار الرؤية وما يتفرّع عليه ويتصل به.

فصل

فأما بيع العين الغائبة مع تقدّم الرؤية، وهو أن يكون البائع والمشتري قد شاهدا السلعة ثم غابا عنها، وعقدا البيع عليها. فلا يخلو حال الرؤية من أحد أمرين: إما أن تكون قريبة المدة، أو بعيدتها. فإن كانت المدة قريبةً وليس لها حدّ مقدّر فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن البيع جائز.

وقال أبو القاسم الأنماطي من أصحابه: البيع باطل، حتى تكون الرؤية مقارنة للعقد. وقال أبو سعيد الاصطخري: قلت لمن يناظر عن الأنماطي: ما يقول صاحبك في الدار إذا رآها المشتري، وخرج إلى الباب، واشتراها؟ قال: لا يجوز. قلت: فإن رأى خاتماً وأخذه في كفه ثم اشتراه؟ قال: لا يجوز قلت: فإن رأى أرضاً وخرج منها إلى جانبها ثم اشتراها؟ قال: فتوقف، لأنه لو قال: يجوز لناقض مذهبه، ولو قال: لا يجوز، لما أمكن ابتياع الأرض. فهذا قول الأنماطي، وقلّ من تابعه على ذلك من الفقهاء.

واستدل على ذلك: بأن الرؤية لما كانت شرطاً في بيوع الأعيان، وجب أن تقترن بالعقد، كالصفة في بيع السلم.

وهذا المذهب شاذ الاعتقاد واضح الفساد؛ لأن الرؤية إنما أريدت ليصير المبيع معلوماً، ولا يكون مجهولاً، وهذا المعنى موجود في الرؤية المتقدمة على العقد، كوجوده في الرؤية المقترنة بالعقد، وليس كذلك الصفة. فهذا حكم الرؤية المتقدمة إذا كانت المدة قريبة.

فأما إذا كانت مدّة الرؤية بعيدة، فلا يخلو حال المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يكون ذاكراً لأوصاف المبيع أو غير ذاكر: فإن كان غير ذاكر لأوصاف المبيع لبعد العهد وطول المدّة، فهذا في حكم من لم يره، فإن ابتاعه على غير خيار الرؤية، لم يجز. وإن ابتاعه بخيار الرؤية، كان على قولين، وإن كان ذاكراً لأوصاف المبيع، لم تخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مما لا يتغير في العادة، كالحديد، والنحاس، فبيعه جائز، فإن رأى

فيه بعد العقد عيباً، فله الخيار.

والقسم الثاني: أن يكون مما يتغيّر فلا يبقى مع طول المدّة، كالفواكه الرطبة، والطبائخ. فينظر في حاله حين العقد فإن كان قد مضى عليه من المدّة لا يبقى فيها كان بيعه باطلاً وإن كان قد مضى عليه من المدة ما يعلم بقاؤه فيها فبيعه جائز.

وإن كان قد مضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ويجوز أن يتلف، فبيعه باطل؛ لأنه عقد على عين لا يعلم بقاؤها. وفيه وجه آخر: أن بيعه جائز، لأن الأصل بقاء العين ما لم يعلم تلفها.

والقسم الثالث: أن يكون مما يجوز أن يتغير ويجوز أن لا يتغير كالحيوان، ففيه قولان:

أحدهما: يجوز بيعه بالرؤية المتقدمة، وقد نص عليه في البيوع، لأن الأصل سلامته وبقاؤه على حاله، وبه قال أكثر أصحابنا.

والقول الثاني: أن بيعه لا يجوز، وقد أشار إليه الشافعي في كتاب الغصب واختاره المزني؛ لأنه متردد بين سلامة وعطب. والقول الأول أصح، وعليه يكون التفريع، فإذا تبايعا بالرؤية المتقدمة، ثم رآه المشتري بعد البيع على ما كان رآه من قبل، فلا خيار له، وإن رآه متغيراً، فله الخيار.

فلو اختلفا، فقال المشتري: وجدته متغيراً، وقال البائع: بل هو على ما كان عليه من قبل. قال الشافعي في كتاب الصرف: القول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه يريد انتزاع الثمن من يده، فلا ينتزع منه إلا بقوله. والله أعلم بالصواب.

باب خيار المتبايعين ما لم يتفرقا

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ بَيْعَ الْخَيَارِ»[١]. (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَفِي حَدِيث آخَرَ أَنَّ ابْنَ عَمَرَ كَانَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُوجِبَ الْبَيْعَ مَشَى قَلِيلاً ثُمَّ رَجَعَ وَفِي حَدِيثِ أَبِي الْوَضِيءِ قَالَ كُنَّا فِي غَزَاةٍ فَبَاعَ صَاحِبٌ لَنَا فَرَساً مِنْ رَجُلٍ فَلَمَّا أَرَدْنَا الرَّحِيلَ خَاصَمَهُ فِيهِ إِلَى أَبِي بُرْزَةَ فَقَالَ أَبُو بُرْزَةَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الْبَيِّعَانِ

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب كم يجوز الخيار (٢١٠٧)، ومسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٥٣١).

بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» (قَال) وَفِي الْحَدِيثِ مَا لَمْ يخضر يَحْيَى بن حَسَّانٍ حِفْظَهُ وَقَدْ سَمِعْتُهُ مِنْ غَيْرِهِ أَنَّهُمَا بَاتَا لَيْلَةً ثُمَّ غَدَوا عَلَيْهِ فَقَالَ لاَ أَرَاكُمَا تَفَرَّقْتُمَا وَجَعَلَ لَهُمَا الْخِيَارَ إِذْ بَقِيَا في مَكَانٍ وَاحِدٍ بَعْدَ الْبَيْعِ وَقَالَ عَطَاءٌ يُخَيَّرُ بَعْدَ وُجُوبِ الْبَيْعِ وَقَالَ شُرَيْحٌ شَاهِدَا عَدْلٍ أَنَّكُمَا تَفَرَّقْتُمَا بَعْدَ رِضاً بِبَيْعٍ أَوْ خَيَّرَ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ الْبَيعِ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَبِهَذَا نَأْخُذُ وَهُوَ قَوْلُ الأَكْثَرِ مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ وَالأَكْثَرِ مِنْ أَهْلِ الآثَارِ بِالْبُلْدَانِ (قال) وَهُمَا قَبْلَ التَّسَاوُم غَيْرُ مُتَسَاوِمَيْنِ ثُمَّ يَكُونَانِ مُتَسَاوِمَيْنِ ثُمَّ يَكُونَانِ مُتَبَايِعَيْنِ فَلَوْ تَسَاوَمَا فَقَالَ رَجُلٌ امْرَأَتِي طَالِقٌ إِنْ كُنْتُمَا تَبَايَعْتُمَا كَانَ صَادِقاً وَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُمَا النَّبِيُّ ﷺ الْخِيَارَ بَعْدَ التَّبَايُعِ مَا لَم يَفْتَرِقَا فَلاَ تَفَرُّقَ بَعْدَمَا صَارَا مُتَبَايِعَيْنِ إِلاَّ تَفَرُّقُ الأَبْدَانِ».

قال الماوردي: اعلم أن العقود على أربعة أقسام: **أحدها**: ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال ولا يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال.

والثاني: ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولكن قد يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال.

والثالث: ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين في الحال دون العاقد الآخر بكل حال.

والرابع: ما كان لازماً من جهة المتعاقدين في الحال.

فأما القسم الأول: وهو ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولا يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود: الوكالة، والشركة، والمضاربة، والعارية، والوديعة. فالخيار فيها مؤبد من جهتي المتعاقدين معاً. فإن شرط فيها إسقاط الخيار، بطلت، لأنها تصير بإسقاط الخيار لازمة، وهي عقود جائزة غير لازمة.

وأما القسم الثاني: وهو ما كان غير لازم في الحال، ولكن قد يُفْضي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود: الجعالة: وهي قول الرجل: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار. والعتق بعوض كقوله: أعتق عبدك عني بدينار. واستهلاك الأموال بالضمان كقوله: أَلْقِ مَتَاعَكَ في البَحْرِ وعليَّ قيمته. والقرض، والهبة. فهذه العقود الخمسة غير لازمة في الحال، فإن جيءَ بالآبق، وأعتِقَ العبد، وألقي المتاع في البحر، واستهلك القرض، وأقبضت الهبة، لزمت. فيكون الخيار فيها قبل لزومها للمتعاقدين معاً.

فإذا لزمت سقط الخيار من جهتهما جميعاً.

فلو شرط فيها إسقاط الخيار قبل لزومها، أو شرط إثبات الخيار فيها بعد لزومها، بطلت.

وأما القسم الثالث: وهو ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين دون الآخر، فهو ثلاثة عقود: الرهن والضمان والكتابة. فالخيار فيها ثابت للمرتهن دون الراهن، وللمضمون له دون الضامن، وللمكاتب دون السيد. فإن شرط إسقاط الخيار في الجهة التي فيها الخيار، أو شرط إثبات الخيار في الجهة التي ليس فيها الخيار، بطلت.

وأما القسم الرابع: وهو ما كان لازماً من جهة المتعاقدين معاً فهو على أربعة أقسام:

أحدها: ما لا يثبت فيه الخيار لواحد من المتعاقدين بحال، لا في المجلس، ولا بالشرط، وذلك ثلاثة عقود: النكاح، والخلع، والرجعة. ليس فيها إذا تمت خيار مجلس ولا خيار شرط. فإن شرط فيها أحد الخيارين، بطلت.

والقسم الثاني: ما لا يدخله خيار الشرط. واختلف أصحابنا في دخول خيار المجلس فيه على وجهين، وذلك ثلاثة عقود: الإجارة، والمساقاة، والحوالة. وهل تبطل باشتراط خيار المجلس؟ على وجهين:

والقسم الثالث: ما لا يدخله خيار الشرط ويدخله خيار المجلس قولاً واحداً: وهو ما كان القبض قبل الافتراق شرطاً في صحته، وذلك عقدان: المصرف، والسلم. فإن شرط فيها خيار الثلاث بطلا.

والقسم الرابع: ما يدخله خيار المجلس بغير شرط، وخيار الثلاث بالشرط. وهو سائر عقود البياعات. ويثبت فيها خيار المجلس بالعقد من غير شرط. وبمذهبنا في ثبوت خيار المجلس في سائر البياعات قال من الصحابة: عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وأبو بَرْزَةَ الأَسْلَمي. ومن التابعين: شُرَيْحُ، وابن المسيب، والحسن، وعطاء، وطاوس. ومن الفقهاء: الزهري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق. وقال أبو حنيفة، ومالك: البيع لازم بالإيجاب والقبول، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال.

استدلالاً بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فندب إلى الإشهاد على البيع، لأجل الاستيثاق فيه، فلو كان لأحدهما الفسخ بعد العقد المشهود عليه، لم يحصل الاستيثاق، ولبطلت فائدة الإشهاد. وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ صَفْقَةَ خَيَارٍ، فَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»[1]. ولو جاز لأحدهما الفسخ من غير

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا والنسائي في البيوع، باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما (٤٤٨٣) وأبو داود في البيوع، باب في خيار المتبايعين (٣٤٥٦).

استقالة لم يكن لنهيه عن الافتراق خشية الاستقالة معنى، فدل على أن الفسخ لا يستحق إلا بالاستقالة. وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الْبَيْعُ عَنْ صَفْقَةٍ أَو خَيَارٍ»(١).

فنوع البيع نوعين: نوعاً أثبت فيه الخيار بالشرط، ونوعاً نفى عنه الخيار من غير شرط، فعلم أنه لا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح. ولأنه عقد معاوضة، فوجب أن لا يثبت فيه خيار مجلس كالنكاح. ولأنّه عقد يلحقه الفسخ، فوجب أن لا يثبت فيه خيار المجلس كالكتابة. ولأنّه خيار مجهول، لم يوجبه نقص، فوجب أن لا يثبت في البيع كالمشروط من الخيار المجهول.

ولأن تأثير التفرّق إنما هو الفسخ لا اللزوم، ألا ترى أنهما إذا تصَارَفَا، ثم افترقا من غير قبض، بطل الصَرْفُ، وإذا كان تأثير التفرّق هو الفسخ، لم يجز أن يلزم به العقد؛ لأنه لا يجوز أن يكون الشيء الواحد مؤثّراً في فسخ العقد وفي إلزامهما معاً في حال واحدة، لأنهما ضدَّان. ولأن البيع لما لزم بتراضيهما بعد العقد، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر البيع، فيختار، لم يجز أن يلزم بتراضيهما حال العقد، ووجب أن يكون لازماً بمجرد الإيجاب والقبول، لأن الإيجاب والقبول، إنما هو رضاً منهما بالعقد، ألا ترى أنّهما لو كانا عند الإيجاب والقبولِ مُكْرَهَيْنِ لم يصح العقد.

فصل

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه: ثبوت السُّنَّة به من خمسة طُرُقٍ: **فأحدها**: حديث ابن عمر، وهو وارد من طريقين: **أحدهما**: من طريق نافع. **والثاني**: من طريق عبد الله بن دينار. فأما نافع فقد روى عنه من طريقين: **أحدهما**: ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»(٢).

والثاني: رواه الشافعي عن سفيان عن ابن جُرَيْج عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا تَبَايَعَ الْمُتَبَايِعَانِ الْبَيْعَ، فَكُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخَيَارِ مِنْ بَيْعِهِ مَا لَمح يَتَفَرَّقَا أَوْ يَكُونُ بَيْعُهُمَا عَنْ خَيَارٍ، فَإِنْ كَانَ عَنْ خَيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ»(٣) قال نافع: وكان ابن عمر إذا ابتاع البيع، فأراد أن يوجب البيع مشى قليلاً ثم رجع.

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٥/ ٢٧٢).
(٢) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٥٤) (٥٣١).
(٣) أخرجه الشافعي في «المسند» (٥٣٣).

وأما عبد الله بن دينار فقد روي عنه من طريقين: **أحدهما**: رواه الشافعي عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن أبي عمر، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْبَيِّعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخَيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَكُونَ بَيْعُهُمَا عَنْ خَيَارٍ، فَإِذَا كَانَ الْبَيْعُ عن خِيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ»(١).

والثاني: رواه الشافعي عن وكيع عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ قَالَ: «كُلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حتَّى يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»(٢)

والثاني: حديث أبي بَرْزَةَ. رواه الشافعي قال: أخبرنا الثقة يحيى بن حسان عن حماد بن زيد عن جميل بن مرّة، عن أبي الوَضِيءَ قال: كنا في غزاة، فباعَ صاحب لنا فرساً من رجل، فلما أردنا الرحيل خاصمه فيه إلى أبي برزة، فقال أبو برزة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْبَيِّعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»(٣).

قال الشافعي: وفي الحديث ما يبين هذا لم يحضر يحيى بن حسان حفظه، وقد سمعته من غيره: أنهما باتا ليلةً، ثم غدوا عليه، فقال: ما أراكما تفرّقتما، وجعل لهما الخيار إذا باتا مكاناً واحداً بعد البيع.

والثالث: حديث حكيم بن حزام رواه الشافعي قال: أخبرنا الثقة يحيى بن حسان عن حماد بن سلمة عن قتادة، عن أبي الخليل عن عبد الله بن الحرث عن حكيم بن حزام قال: قال رسول الله ﷺ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبيَّنَا وَجَبَتِ الْبَرَكَةُ فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتِ الْبَرَكَةُ مِنْ بَيْعِهِما»(٤).

والرابع: حديث أبي هريرة. رواه أبو زرعة عن عمرو بن حريث عن أبي هريرة أنَّ النَّبِيّ ﷺ أمر مناديه أن ينادي ثلاثاً: «لاَ يَفْتَرِقَنَّ بَيِّعَانِ إِلاَّ عَنْ تَرَاضٍ»(٥).

---

(١) أخرجه الشافعي في «**المسند**» (٥٣٥).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع (٢١١٣) ومسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٥٣١).

(٣) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (١٢٤٦) وأبو داود في البيوع، باب في خيار المتبايعين (٣٤٥٧).

(٤) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا (٢٠٧٩) ومسلم في البيوع، باب الصدق في البيع والبيان (١٥٣٢).

(٥) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (١٢٤٨) وأبو داود في البيوع، باب في خيار المتبايعين (٣٤٥٨) وأحمد في «**مسنده**» (١٠٥٣٩).

والخامس: حديث عمرو بن شعيب: وقد تقدم ذكره في دليل المخالف.

فدلت هذه الأخبار كلها بصريح القول ودليله على ثبوت خيار المجلس للمتعاقدين معاً ما لم يتفرّقا بالأبدانِ، أو يجعل أحدهما لصاحبه الخيار، فيختار. فإن قيل: فإنما جعل لهما رسول الله ﷺ الْخَيَارَ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بالكلام: فيكون المراد بالافتراق افتراقُ الكلامِ دون افتراقِ الأبدان: وهو أن يكون للمشتري الخيار بعد بَذْلِ البائع في أن يقبل أو لا يقبل، وللبائع الخيار قبل قبول المشتري في أن يرجع في البَذْلِ أو لا يرجع، فإذا قَبِلَ المشتري ولم يكن قد رجع البائع، فقد تم البيع، وانقطع الخيار سواء افترقا بالأبدانِ أو لم يفترقا.

قالوا: وهذا أولى من حمله على افتراق الأبدان من وجهين:

أحدهما: أنه معهود الافتراق في الشرع قال الله تعالى: ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾ [النساء: ١٣٠] يعني: بالطلاق والطلاقُ كلامٌ. وقال النبي ﷺ: «تَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلاَثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً»(١) يعني: في المذاهب.

والثاني: أن حمله على التفرُّقِ بالكلام حقيقةٌ، وعلى التَفَرُّقِ بالأبدانِ مجازٌ، لأنه جعل الخيار للمتبايعين، وهما يُسَمَّيان في حال العقد متبايعين حقيقة، وبعد العقد مجازاً، كما يقال: ضارب، فيسمّى بذلك في حال الضرب حقيقةً، وبعد الضرب مجازاً، وإذا كان كذلك كان حمله على الحقيقة أولى من حمله على المجاز، فثبت بهذين الوجهين أن المراد به التَفَرُّقُ بالكلام دون التفرق بالأبدان. فالجواب عنه: دليل، وانفصال. فأما الدليل على أن المراد به التفرّق بالأبدان دون الكلام فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّ التفرُّق لا يكون إلا عن اجتماع، فإذا تفرّقا بالأبدان بعد البيع، كان تفرقاً عن اجتماع في القول حين العقد وعن اجتماع بالأبدان. ولا يصح تفرقهما بالكلام، لأنّهما حال التساوم متفرقان، لأن البائع يقول: لا أبيع إلا بكذا، والمشتري يقول: لا أشتري إلا بكذا. فإذا تبايعا فقد اجتمعا في القول بعد أن كانا مفترقين فيه. وهذه دلالة أبي إسحاق المروزي.

والثاني: أن خيار المشتري بعد بذل البائع وقبل قبوله معلومٌ بالإجماع، إذ لو سقط خياره ببذل البائع لوجبت البياعاتُ جبراً بغير اختيار بعد اختيار ولأفضى الأمر فيها إلى ضرر وفساد، والخيارُ بعد البيع غير مستفاد إلا بالخبر، فكان حملُ الخبرِ على ما لم يُستَفَدْ إلا منه

---

(١) أخرجه الترمذي في الإيمان عن رسول الله، باب ما جاء في افتراق هذه الأمة (٢٦٤٠) وأبو داود في السنة، باب شرح السنة (٤٥٩٦) وابن ماجه في الفتن، باب افتراق الأمم (٣٩٩١).

أولى من حمله على ما استفيد بالإجماع، لأنْ لا يَعْرَى الخبرُ من فائدة. وهذه دلالة ابن جرير الطبري.

والثالث: أن اللفظ إذا ورد، وكان يحتمل معنيين، وكان المرادُ أحدهما بالإجماع لا هما معاً، ولم يكن في اللفظ تمييزُ المراد منهما، كأن ما صار إليه الرّاوي هو المرادُ بِهِ دونَ الآخر، فلمّا كان الافتراق يحتملُ أن يُرَادَ به الافتراقُ بالكلام مع بُعْدِهِ، ويحتمل أن يكون المراد به الافتراقُ بالأبدان مع ظهوره، وكان ابن عمر، وأبو برزة، وهما من رواة الخبر يذهبان إلى أن المراد به التفرُّق بالأبدان، لأن ابن عمر كان إذا أراد أن يُوجِبَ البيعَ مَشَى قليلاً ثم رجع، وأبو برزة قال للمتبايعين حين باتا ليلةً ثم غدوا عليه قال: ما أراكما تَفَرَّقْتُمَا عن رضاً مِنْكُمَا بِبَيْعٍ اقتضى أن يكون هو المراد بالخبرِ دون المعنى الآخر. وهذه دلالة الشافعي رضي الله عنه.

فإن قيل: فقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا وَلَغَ الْكَلْبُ فِي إِنَاءِ أَحَدِكُمْ فَأَرِيقُوهُ، وَاغْسِلُوهُ سَبْعاً» ثم أفتى أبو هريرة رضي الله عنه بالثَلاثِ، فلم تَصِيروا إلى قوله، واستعملتم الخبرَ على ظاهره. قيل: نحن لا نقبل قول الراوي في التخصيص، ولا في النسخ، ولا في الإسقاط وإنما نقبله في تفسير أحد محتمليه إذا أجمعوا على أن المراد أحدهما. وقوله: «اغْسِلُوهُ سَبْعاً» يقتضي وجوب الغسل سبعاً، وفتوى أبي هريرة بالثلاث إسقاط لباقي السبع، فلم يقبل، وكما روى ابن عباس أنَّ النبيّ ﷺ قال: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[1] وكان يذهب إلى أن المرتدةَ لا تقتل. فلم نقض بمذهبه على روايته، لأنّ فيه تخصيصاً، وقولُ الراوي لا يقبل في التخصيص. على أن أبا علي بن أبي هريرة قال: أحمله على الأمرين معاً، فأحمله على التفرق بالكلام، وعلى التفرّق بالأبدان، فأجعل لهما في الحالين الخيار بالخبر. وهذا صحيح لولا أن الإجماع منعقدٌ على أن المرادَ بِهِ أحدُهُمَا.

فأما الانفصال عن قولهم: إنّ معهود الافتراق إنما هو بالكلام دون الأبدان فمن وجهين:

أحدهما: أن هذا تأويلٌ مستحدث يدفعه إجماع من سلف، لأن كل من تَقَدَّمَ مِن السلف حمله على التفرّق بالأبدان، حتّى أن مالكاً روى الخبر، فقيل له: فلم خالفته؟ قال: وجدتُ عمل بلدنا بخلافه، ورُوِيَ لأبي حنيفة فقال: أرأيتَ لو كانا في سفينة فحصل التسليم

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب لا يعذب بعذاب الله (٣٠١٧) والنسائي في تحريم الدم، باب الحكم في المرتد (٤٠٥٩) وابن ماجه في الحدود، باب المرتد عن دينه (٢٥٣٥).

منهما، إن المراد به التفرقُ بالأبدان، ولم يتنازعا في تأويله، وإنّما ذكراً شبهةً واهيةً في ترك العمل به.

والثاني: أنه لو يجتمع السلف على أن المراد به التفرق بالأبدان لكان هو حقيقة التفرق في اللسان، والشرع، وإن كان ربما استعمل في التفرُّق بالكلام استعارةً ومجازاً، وقد حكى الرِّياشِي ذلك عن الأصمعي وشاهد ذلك أظهرُ من أن يُذكر.

على أن هذا وإن ساغَ في حديث مالك عن نافع عن ابن عمر على وهن وضعف، فليس يسوغ في حديث غيره؛ لأن النص يدفعه من قوله: أو يقول لصاحبه: اختر، فإن ما بعد ذلك يخالف ما قبله. وأما الانفصال عن قولهم: إن حمله على الخيار حين التساوم حقيقة وبعد العقد مجاز: فمن وجهين:

أحدهما: أن حمله عليها وقت التساوم مجازٌ، وبعد العقد حقيقةٌ لغةً وشرعاً: فأما اللغة، فلأن البَيِّعَ مُشْتَقٌ من فِعْلٍ، والأسماءُ المشتقة من الأفعال لا تَنْطَلِق على مسمّياتها إلا بعد وجود الأفعال، كالضارب والقاتل: لا يتناول المسمّى به إلا بعد وجود الضرب والقتل، كذلك البائع لا ينطلق عليه اسم البَيِّعِ إلاَّ بعد وجود البَيْعِ منه، والبيع إنما يوجد بعد العقد، فأما حين التساوم فلا. فأما الشرع، فلأنه لو قال لعبده: إذا بعتك فأنت حُرٌّ لم يعتق عليه بالمساومة، فإذا تم العقد عتق عليه، فلذلك قال مالك وأبو حنيفة: إذا باعه بيعاً لا خيار فيه، لم يُعْتَقْ عليه، لأنه يصير بائعاً بعد العقد، وقد زال ملكه بالعقد، وانقطع خياره، فلم يعتق عليه من بعد.

والثاني: أن تسميتنا له بائعاً بعد انقضاء البيع، إن كان مجازاً من حيث يقال: كانا متبايعين، فالحمل عليه وقت التساوم وجاز أيضاً حتى يوجد القبول، وإلا فيقال: سيكونان متبايعين، وإذا كان ذلك مجازاً فيهما جميعاً، كان ما ذكرنا أولى من وجهين:

أحدهما: أن الاسم وإن انطلق عليهما بعدَ العقد مجازاً، فقد استقر بوجود البيع، وهو قبل العقد غير مستقر، لجواز أن لا يَتِمَّ البيع.

والثاني: أن اسم البائع والمشتري من الأسماء المشتركة، كالوالد والولد، فلا يوجد المشتري إلا في مقابلة البائع، ولا يوجد البائع إلا في مقابلة المشتري، فلو كان البائع بعد البذل وقبل القبول يسمى بائعاً، لجاز أن يكون الطالب قبل القبول يسمى مشترياً، فلما لم يسم الطالب مشترياً إلا بعد القبول، لم يسم الباذِلُ بائعاً إلا بعد القبول. على أن هذا التأويلَ إنما يسوغُ مع وهاية في قوله: الْمُتَبَايِعَانِ فأما في قوله البَيِّعَانِ فلا يسوغ فيه. فنستعمل الروايتين، ونحمله على اختلاف معنيين، فيكون أولى من حمله على أحدهما.

فبطل هذا التأويل بما ذكرنا من الدليل والانفصال، واستقرّ ما ذكرنا من الوجوه في أدّلة الأخبار.

فأما المعنى النظري فهو أنه خيارٌ ورد به الشرع، فوجب أن يعتبر حكمه بعد العقد، أصله خيار الثلاث.

ولأنه عقد معاوضة محضة، فوجب أن يكون للتفرّقِ تأثير فيه، كالصرف والسلم.

ولأنّ الخيار ضربان: ضرب يتعلق بالصفات، وضرب يتعلق بالزمان.

ثم كان الخيار المتعلق بالصفات ينقسم قسمين: قسم وجب بالشرط وقسم وجب بالشرع.

فالقسم الواجب بالشرط: أن يبتاع عبداً على أنه كاتب أو صانع، فيجده بخلاف ذلك، فيجب له الخيار لعدم الفضيلة المستحقة بالشرط.

والواجب بالشرع: هو خيار العيب لنقص وجده عن حال السلامة، فيجب له الخيار بالشرع، فاقتضى أن يكون الخيار المتعلق بالزمان ينقسم قسمين: قسم وجب بالشرط: وهو خيار الثلاث. وقسم وجب بالشرع: وهو خيار المجلس.

وتحريره قياساً: أنه أحد جنسي الخيار، فوجب أن يَتَنَوَّعَ نوعين: شرطاً وشرعاً قياساً على خيار الصفات. ولأنه عقد يقصد به تمليك المال، فلم يلزم بالبذل والقبول كالهبة. ولأن عقد البيع بذلٌ وقبول، فلما ثبت الخيار بعد البذل، وجب أن يثبت بعد القبول.

وتحريره قياساً: أنّه قولُ أحدِ المتبايعين، فوجب ثبوت الخيار بعده كالبذل.

فأما الجواب عن قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ﴾ فهو أن المراد به الإشهاد بعد الافتراقِ في الحالِ التي يلزمُ فيها العقد. ولا يمنع أن يكون ذلك إشهاداً على العقد ووثيقة فيه كما أن الإشهادَ في خيار الثلاث، يكون بعد تَقَضّي الثلاث، ولا يمنع أن يكون ذلك إشهاداً على العقد ووثيقة فيه.

وأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب، وقوله «وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خشيةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» فهو أن لهذا اللفظ ظاهرين: **أحدهما**: حجةٌ عليهم. **والثاني**: حجة لهم.

فقوله: «وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ» حجة عليهم، لأنه يدلُّ على أن البيعَ لم يقع لازماً، وأن فيه خياراً يسقط بالتفرّق. وقوله: «خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» حجة لهم، لأنه يدل على أن الخيار لا يستحق إلا بالإقامة.

فلم يكن بُدٌّ من تغليب أحد الظاهرين لتعارضهما، فكان تغليب الظاهر في إثبات الخيار أحقُّ لأمرين:

أحدهما: أن أوّل الخبر يقتضيه، وهو قوله «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ».

والثاني: أنّ الإقامة لا تختصُّ بمجلس التبايع وتبطلُ بالتفرّق لجوازها بعد الافتراق كجوازها قبله. وإنما الخيار يختصُّ بالمجلس ويبطلُ بالتفرّق، فصحّ أنه المرادُ. وأما الجواب عن ما روي عن عمر «البَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيَارٌ» فهو أنه مرسل، لأنه يروى عن رجل من بني كنانة، ولو صح لاحتمل أمرين:

أحدهما: أن البيع عن صفقة وخيار، لأنه قسم البيع إلى قسمين:

أحدهما: صفقة، **والثاني**: خيار. والخيار بمجرده لا يكون بيعاً إلا مع الصفقة، فثبت أن معناه عن صفقة وخيار.

والثاني: أن معناه أن البيع على ضربين: ضرب: فيه خيار الثلاث. وضرب: ليس فيه خيار الثلاث. يوضح ذلك يؤيده ما روى مطرف عن الشعبي أن عمر بن الخطاب قال: الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا[1].

وأما الجواب عن قياسهم على النكاح: فهو أن المعنى في النكاح أنه عقد تُبْتَغَى به الوصلةُ دون المعاوضة فلم يثبت فيه الخيار الموضوع لارتياد أوفر الأعواض، ولهذا المعنى لم تكن الرؤية شرطاً في صحته، وخالف سائر عقود المعاوضات من البيوع وغيرها، ألا ترى أنّ خيار الثلاث لا يصح فيه وإن صح في غيره.

وأما الجواب عن قياسهم على الكتابة: فهو أن الخيار موضوع في العقد، لارتياد الحظ فيه، وعقد الكتابة لم يثبت فيه الخيار من جهة السيد لأنه قصد به إرفاق عبده، لا طلب الحظِ لنفسه إذ معلوم أنّه لا حظَّ له في بيع ملكه بملكه، فسقط خياره.

ولأنّه ليس يستدرك به ما خفي عنه، وأما العبد فخياره ممدود، وليس كذلك البيع.

وأما الجواب عن قياسهم على الخيار المجهول: فهو أن خيار المجلس من موجبات العقد، والخيار المجهول من موجبات الشرط.

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٣/٦).

وفرق في الأصول بين ما ثبت بالعقد. فيصح فيه الجهالة، وما ثبت بالشرط، فلا يصح فيه الجهالة، ألا ترى أن خيار العيب لمّا ثبت بالعقد جاز أن يكون مجهولاً، وخيار المدة لمّا ثبت بالشرط لم يجز أن يكون مجهولاً، وكذا القبض إذا استحق بإطلاق العقد جاز أن يكون مجهول الوقت وإذا كان مستحقاً بالشرط لم يجز أن يكون مجهول الوقت.

وأما الجواب عن قولهم: إن الافتراق يؤثّر في فسخ البيع لا في لزومه كالصرف قبل القبض: فهو أن هذه دعوى غير مسلمة، لأنّ الافتراق في الصرف مؤثر في لزومه كالبيع، وليس يقع الفسخ في الصرف بالافتراق، وإنّما يقع بعدم القبض قبل الافتراق، فإذا تقابضا، صح، ولم يلزم إلاّ بالافتراق.

وأما الجواب عن قولهم: لما لزم البيع بتراضيهما بعد العقد، فلأن يكون لازماً بتراضيهما حين العقد أولى: فهو أنّ الرضا بالبيع بعد العقد يتنوع نوعين: نوع يكون بالصمت، ونوع يكون بالنطق: فأما الرضا بالصمت بعد العقد فلا يلزم به البيع، فكذا الرضا بالصمت حين العقد لا يلزم به البيع. وأما الرضا بالنطق بعد البيع، فهو أن يقول: قد اخترت إمضاءَ البيعِ. فهذا يلزم به البيع. ومثله بالنُطْقِ في حال البيع أن يشترط في العقد سقوط خيار المجلس، فهذا قد اختلف أصحابنا فيه هل يلزم به البيع ويصح معه العقد أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح معه العقد، لأنّ غرر الخيار يرتفع به، ويلزم به البيع، لأنّه موجب شرطه، ولا يثبت في البيع خيار المجلس. وقائل هذا الوجه من أصحابنا تأَوَّلَهُ من كلام الشافعي في كتاب الأيمان والنذور. فعلى هذا قد استوى حكم هذا الرضا في لزوم البيع بعد العقد وقبله.

والوجه الثاني: يصح معه العقدُ، لكن لا يلزم به البيعُ، ولا يسقط معه خيار المجلس، وإن كان مشروطاً، لأنّه من موجب العقد فلم يسقط بالشرط، كالولاء في العتق والرجعة في الطلاق. فعلى هذا يكون هذا النوع من الرضا يلزم به البيع إذا كان بعد العقد، ولا يلزم به البيع إذا كان مع العقد.

والفرق بينهما أنه بعد العقد يَتَضَمَّنُ إبطال خيار ثابت، فصح إبطاله بعد ثبوته. وحين العقد يتضمن إبطال خيار غير ثابت، فلم يصح إبطاله قبل ثبوته، كاستحقاق الشُفْعَةِ لمّا بطل بعد البيع للرضا بعد ثبوته، لم يبطل حال البيع مع الرضا به، لعدم ثبوته.

والوجه الثالث: أن البيع باطل بهذا الشرط، لأنّه مناف لموجبه، إذ موجب العقد ثبوت الخيار به، ولاشرط إذا نافى موجب العقد أبطله، وهو منصوص الشافعي في القديم،

والبُوَيْطِيّ والأمّ. فعلى هذا يكون هذا النوع من الرضا يلزم به البيع بعد العقد، ويبطل به البيع إن كان مع العقد والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَكَلّ مُتَبَايِعَيْنِ فِي سِلْعَةٍ وَعَيْنٍ وَصَرْفٍ وَغَيْرِهِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُ الْبَيْعِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا تَفَرُّقَ الأَبْدَانِ عَلَى ذَلِكَ أَوْ يَكُونُ بَيْعُهُمَا عَنْ خِيَارٍ وَإِذَا كَانَ يَجِبُ التَّفَرُّقُ بَعْدَ الْبَيْعِ فَكَذَلِكَ يَجِبُ إذا خير أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ وَكَذَلِكَ قَالَ طَاوُسَ خَيَّرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلاً بَعْدَ الْبَيْعِ فَقَالَ الرَّجُلُ عَمَّرَكَ اللَّه مِمَّنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «امْرُؤٌ مِنْ قُرَيْشٍ قال فَكَانَ طَاوُسُ يَحْلِفُ مَا الْخِيَارُ إِلاَّ بَعْدَ الْبَيْعِ». قال الماوردي: قد ثبت بما مضى خيار المجلس في البيوع كُلِّها، وفي الصرفِ، والسلم، لأنهما نوعان منها غير أن خيار الثلاث وإن دخل في البيوع، فهو غير داخل في الصرف والسلم. لأنّ القبض قبل الافتراق لمّا كان شرطاً في صحتهما، منع من بقاء عُلَقِ العقد بعد الافتراق، وخيار الثلاث يبقى عُلَقَ العقد بعد الافتراق فمنع منه.

فإذا ثبت ذلك فعقد البيع يلزم بشيئين: هما: ـ العقد. ـ والافتراق. ـ وإذا كان لا يلزم إلا بهما وجب بيانُ كلٍّ واحد منهما. فنبدأ ببيان العقد وحكمه، ثم بالافتراق ولزوم البيع به.

فصل

فأما العقد فيصح باعتبار ثلاثة شروط: **أحدها**: اللفظ الذي يعقد به. **والثاني**: كيفية العقد به. **والثالث**: بيان ما يصير العقد تابعاً به.

فأمّا الشرط الأولُ: وهو اللفظ الذي يعقد به. فألفاظه على ثلاثة أضرب: ضرب: يصح العقد به؛ وضرب لا يصح العقد به؛ وضرب مختلف فيه هل يصح العقد به أم لا؟ فأما ما يصح العقد به، فلفظة واحدة من جهة البائع، وهي قوله: قد بعتك، وإحدى لفظتين من جهة المشتري، هما: قوله: قد اشتريت، أو قد ابتعت، لأن معنى الشراء والابتياع سواء.

وأما ما لا يصح العقد به: فهو كل لفظ كان يحتمل معنى البيع وغيره، كقوله: قد أبحتك هذا العبد بألف، أو قد سلطتك عليه، أو قد أوجبته لك، أو جعلته لك. كلُّ هذه الألفاظ لا يصح عقد البيع بها، لاحتمالها، وأنَّ معنى البيع ليس بصريح فيها. وأما المختلف فيه: فهو قوله: قد ملّكتك. فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح العقد به، لأن حقيقة البيع: تمليك المبيع بالعوض، فلا فرق بين ذلك

وبين قوله: بعتك.

والوجه الثاني: وهو الصحيح لا يصح العقد به، لعلتين: **إحداهما**: أن لفظ التمليك يحتمل البيع ويحتمل الهبة على العوض، فصار من جملة الألفاظ المحتملة. **والأخرى**: أنّ التمليك هو حكم البيع وموجبه، فاحتاج إلى تقديم العقد، ليكون التمليك يتعقبه.

فصل

فأما كَيْفِيَّةُ العقد بألفاظه المختصة به فيحتاج أن يكون لفظ البائع خارجاً على أحد الوجهين: إما مخرج البذل، أو مخرج الإيجاب. ولفظ المشتري خارجاً على أحد الوجهين أيضاً: إما مخرج القبول، أو مخرج الطلب. وإذا كان كذلك، فإن، لهما في عقد البيع بلفظه ثلاثة أحوال: **إحداهنّ**: أن يعقداه بلفظ الماضي. **والثانية**: بلفظ المستقبل. **والثالثة**: بلفظ الأمر.

فأما عقده بلفظ الماضي: فهو أن يبدأ البائع، فيقول: قد بعتك عبدي بألف، ويقول: المشتري قد اشتريته منك بها، فيصح العقد؛ لأن قول البائع: قد بعتك، يكون بذلاً، وقول المشتري: قد اشتريت، يكون قبولاً، والبيع يصح بالبذل والقبول.

وكذا لو قال المشتري مبتدئاً: قد اشتريتُ هذا العبد بألف، فيقول البائع: قد بعتك بها، صح البيع، ولم يحتج المشتري إلى إعادة القبول بعد بذل البائع بوفاق أبي حنيفة؛ لأن هذا القول من المشتري إذا تقدم وإن كان بلفظ القبول يتضمن معنى الطلب، وقول البائع إذا تأخّر وإن كان بلفظ البذل يتضمن معنى الإيجاب، والبيع يصح بالطلب والإيجاب، كما يصح بالبذل والقبول.

فأما إذا ابتدأ البائع، فقال: قد اشتريتَ مني عبدي بألف، فقال: قد اشتريته، يصح البيع بهذا اللفظ، حتى يقول البائع بعد ذلك: قد بعتك؛ لأن قول البائع للمشتري: قد اشتريتَ مني، هو استخبار، وليس ببذل منه ولا إيجاب، وما لم يكن بذلاً ولا إيجاباً، لم يصح عقد البيع به من جهة البائع. وهكذا لو ابتدأ المشتري فقال للبائع: قد بعتني عبدك بألف، فقال: قد بعتك، لم يصح البيع، حتى يقول المشتري بعد ذلك: قد اشتريتُ؛ لأن هذا القول من المشتري، ليس بقبول ولا طلب، وما لم يكن قبولاً ولا طلباً، لم يصح عقد البيع به من جهة المشتري.

وأما عقده بلفظ المستقبل: فهو أن يبدأ البائع فيقول: سأبيعك عبدي بألف، أو يقول: أبيعك عبدي بألف، ويقول المشتري: اشتريته بها أو سأشتريه. أو يقول المشتري: تبيعني

عبدك بألف، فيقول: أبيعك، أو يقول البائع: تشتري عبدي بألف، فيقول: اشتريته، فلا يصح عقد البيع بذلك؛ لأنه خارج مخرج الوعد. وهكذا جميع ما تلفظا به من الألفاظ المستقبلة، لا يصح عقد البيع بها لما ذكرنا. ومن هذا النوع أيضاً أن يكون اللفظ خارجاً مخرج الاستفهام كقوله: أتشتري عبدي بألف؟ فيقول: قد اشتريته، أو يقول المشتري: أتبيع عبدك بألف؟ فيقول: قد بعته، فلا يصح البيع أيضاً لما ذكرنا.

وأما عقده بلفظ الأمر. فإن ابتدأ البائع فقال للمشتري: اشتَرِ عبدي بألف، فقال: قد اشتريتُ، لم يصح البيع، إلا أن يعود البائع فيقول: قد بعت، ولو ابتدأ المشتري فقال للبائع: بِعْني عبدك بألف، فقال: قد بعتك بها، صح البيع، ولم يحتج المشتري إلى إعادة القبول عندنا.

والفرق بين أن يقول البائع مبتدياً للمشتري: اشتر عبدي بألف، قد اشتريت، فلا يصح البيع، وبين أن يبتدىء المشتري فيقول للبائع: بعني عبدك بألف، فيقول: قد بعتك بها، فيصح البيع، وإن كان كلا اللفظين أمراً: أن البائع إنما يراد من جهته البذل مبتدياً أو الإيجابُ مجيباً، ولفظ الأمر بقوله: اشتر، لم يوضع للبذل ولا للإيجاب. والمشتري إنما يراد من جهته القبول مجيباً أو الطلب مبتدياً، ولفظ الأمر بقوله: بعني، موضوع للطلب وإن لم يوضع للقبول.

فهذا فرق ما بين لفظي البائع والمشتري في الابتداء به على وجه الأمر عن طريق اللغة ومعاني الألفاظ. وقال أبو حنيفة: هما سواء، إذا ابتدأ المشتري فقال: بعني عبدك بألف، فقال البائع: قد بعتك بها، لم يصح البيع، حتى يعود المشتري فيقول: قد اشتريته، فيكون هذا قبول كما لو ابتدأ البائع فقال: اشتر عبدي بألف، وما ذكرناه من الفرق بين معنى اللفظتين كاف.

ثم الدليل عليه من جهة المعنى الشرعي أنّ كلّ ما لزم اعتباره في صحة عقد البيع من صفات لفظه، لزم اعتباره في صحة عقد النكاح من صفات لفظه.

فلمّا لو كان ابتدأ الزوجُ فقال للوليّ: زوّجي ابنتك، فقال: قد زوّجتك، صح النكاح، ولم يحتج الزوج إلى القبول بعد إجابة الوليّ، وقام ذلك مقام أن يبتدىء الولي فيقول للزوج: قد زوجّتك بنتي، ويقول: الزوج: قد تزوجت، وجب أن يكون حكم البيع بمثابته.

ويتحرر من هذا الاستدلال قياسان: **أحدهما**: أنّه عقد لو تقدّم فيه البذل كفاه القبول، فإذا تقدم فيه الطلب كفاه الإيجاب كالنكاح. **والثاني**: أن كلّما لو كان بلفظ النكاح كان نكاحاً، فإذا كان بلفظ البيع كان بيعاً، لو تقدّم البذل.

فصل

فأما إذا كان المبيع عبداً بعبد، وعقداه بلفظ الأمر، والمتبايعان متساويان فيه فأيّهما جعل نفسه باللفظ بائعاً أو مشترياً، لزمه حكمه. فإذا قال أحدهما: بعني عبدك هذا بعبدي، فقال الآخر: قد بعتك به، صح به البيع لأن المبتدىء أنزل نفسه منزلة المشتري، فلزمه حكمه. ولو كان الأول قال: اشتر مني عبدي هذا بعبدك، فقال: قد اشتريته منك، لم يصح البيع، لأنه أنزل نفسه منزلة البائع، فلزمه حكمه.

فصل

فأما ما يصير العقد تاماً به، فشيئان:

أحدهما: تعجيل القبول على الفور إن تقدم البذل، أو تعجيل الإيجاب على الفور، إن تقدم الطلب، من غير فصل، ولا بُعْدٍ، فإن فصل بين البذل والقبول بكلام ليس منه، أن تطاول ما بين البذل والقبول بالإمساك حتى بَعُدَ منه. لم يتم العقد، ولم يكن للقبول تأثير إلا أن يعقبه البائع بالإيجاب، فيصير القبول طلباً والإيجاب جواباً، ويتم البيع، ولكن حصل بين القبول والبذل إمساك لبلع الريقِ وقطع النفس، تم العقد، ولم يكن لهذا الإمساك تأثير في فساده.

والثاني: أن يكون قبول المشتري يقتضي ما تضمنه بذل البائع من الثمن، وهو أن يقول البائع: قد بعتك عبدي بألف، فيقول المشتري: قد اشتريته بالألف، أو يقول: قد اشتريته بها، فيصح الشراء؛ لأن القبول قد تضمّن ما تناوله البذل من الثمن، وكذلك لو قال المشتري - حين قال البائع: قد بعتك عبدي بألف -: قد قبلت هذا البيع، صح البيع، ولزم فيه الألف، وإن لم يصرح المشتري بها في قبوله؛ لأن بذل البائع قد تناولها، وقبول المشتري توجه إليها.

فإن قيل: أليس لو قال الولي في النكاح: قد زوجتك بنتي على صداق ألف، فقال الزوج: قد قبلت تزويجها؟ أو قال: قد تزوجتها، ولم يقل: على هذا الصداق، صح النكاح، ولم يلزم الصداق حتى يصرح به في قبوله؟ فما الفرق بينه وبين البيع؟

قيل: الفرق بينهما: أن البيع لا يصح إلا بثمن فإذا حصل فيه القبول، تضمن ما يتناوله البذل من الثمن، والنكاح قد يصح مع خلوّه من الصداق، فلذلك لم يلزم فيه الصداق إلاّ أن يُصَرِّحَ به في قبوله. ولو قال البائع: قد بعتك عبدي بألف إن قبلت الشراء مني، فقال: نعم، صح البيع وتم. وكذا لو كان بينهما متوسط في العقد، فقال للبائع: بعته عبدك بألف،

فقال: نعم، وقال للمشتري: اشتريته بها، فقال نعم، صح البيع وتمَّ. وكذا لو ابتدأ المتوسط بالمشتري فقال: اشتريت هذا العبد من فلان بألف، فقال: نعم، وقال للبائع: بعته عليه بالألف، فقال: نعم، صح البيع وتمَّ.

ويفارق النكاح في أحد الوجهين بما نذكره هناك من الفرق بينهما. ولكن لو قال البائع: قد بعتك عبدي هذا بألف، فقال المشتري: قد ابتعته بخمسمائة، لم يصح البيع. وهكذا لو قال المشتري: قد قبلته بألفين، لم يصح البيع أيضاً؛ لأنهما لم يجتمعا في البذل والقبول على ثمن واحد، ولا يصح البيع، حتى يكون الثمن معلوماً يتّفقان عليه.

وقال أبو حنيفة: يصح البيع بالألف؛ لاجتماعهما عليها، والألف الأخرى زيادة، إن شاء البائع قبلها، وإن شاء ردّها. قال: ولو قال المشتري: بعني هذا العبد بألف، فقال البائع قد بعتك بخمسمائة، صح البيع بخمسمائة، وقد حطّه خمسمائة، وحلّ ذلك حطّاً؛ لأن الثمن مختلف في حال العقد لم يُجْتَمَعْ عليه في البذل والقبول سواء عاد البائع، فقبل الزيادة، أو المشتري فقبل الحطيطة أم لا؟ ولا يصح البيع إلا باستئناف العقد لما ذكرناه. فهذا حكم العقد.

فصل

وأما الافتراق: فهو موضوع لقطع الخيار، ولزوم البيع، لأنّ الخيار ثابت لكل واحد منهما بعد العقد في الفسخ والإمضاء، وقطع هذا الخيار يكون بأحد وجهين: إما بالافتراق. وإما بالتخيير القائم في قطع الخيار مقام الافتراق.

فأما حد الافتراق، فقد ورد الشرع به مطلقاً، وما أطلقه الشرع ولم يكن محدوداً في اللغة كان الرجوع في حدّه إلى العرف كالقبض في المبيعات، والإحراز في المسروقات. فإذا فارق أحدهما صاحبه إلى حيث ينسب في العرف أنه مفارق له، انقطع الخيار ولزم البيع، مثال ذلك إن تبايعا في دار فيخرج أحدهما منها، فيكون هذا افتراقاً سواء صغرت الدار أو كبرت، بَعُدَ الخارج منها أم قَرُب.

فأما إن لم يخرج منها، ولكن قام من أحد جانبيها الذي تبايعا فيه إلى الجانب الآخر، نُظِرَ: فإن كانت الدار واسعة، كان ذلك تفرّقاً، وإن كانت الدار صغيرة، لم يقع التفرّق إلا بالخروج منها أو الصعود إلى علوها.

وكذا السفينة إذا تبايعا فيها؛ فإن كانت صغيرة، لم يقع التفرّق إلا بخروج أحدهما منها إلى الأرض، أو إلى سفينة غيرها، أو إلى الماء. وإن كانت السفينة كبيرة وقع الافتراق

بقيام أحدهما من أحد جانبيها الذي تبايعا فيه إلى الجانب الآخر، كأنّهما تبايعا في الصدر، ثم قام أحدهما إلى المؤخر، أو تبايعا في المؤخر ثم قام أحدهما إلى الصدر.

فأما إن تبايعا في سوق كبير، فقد قال الشافعي: فالتفرّق: أن يولّي أحدهما ظهره، قال أصحابنا: أراد بذلك أن يولّي ظهره ويمشي قليلاً حتى يزايل موضع العقد في العرف، كما كان يفعل عبد الله بن عمر في بيوعه.

فأما إذا كانا في موضع تبايعهما ومجلس عقدهما، فبني بينهما حائطٌ، لم يكن ذلك تفرُّقاً، لأن الحائط المبني حائل، والحائل لا يفرّق بينهما، كما لو حال بينهما رجل بوقوفه.

فأما إذا قاما جميعاً عن مجلس تبايعهما، ومشيا مجتمعين، ولم يفترقا بأبدانهما، فهما على خيارهما وإن طالَ الزمانُ وبَعُد. وحكي عن عبد الله بن الحسن العنبري: أن خيارهما قد انقطع بمفارقة مجلسهما. وحديث أبي برزة الأسلمي حيث أثبت الخيار للمتبايعين وقد غدوا عليه، وقوله لهما: مَا أَرَاكُمَا تَفَرَّقْتُمَا عَنْ رِضاً مِنْكُمَا بِبَيْعٍ دليل على أنه قد عقل معنى الافتراق عن رسول الله ﷺ. فهذا الكلام في افتراق المتبايعين.

فصل

فأما حكم الافتراق في عقد البيع إذا تمّ بواحد، وهو الأب إذا ابتاع من ابنه الصغير لنفسه، أو باع عليه من نفسه بنفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو يحكى عن أبي إسحاق المروزي فيما علق عنه: أن حد الافتراق في بيعه أن يفارق مجلس بيعه الذي ابتاع فيه من ابنه إلى حيث لا ينسب في العرف إليه، فيكون ذلك تفرّقاً يلزم به البيع.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: أن الخيار باق وإن فارق مجلسه، لأنه لا يصح أن يكون مفارقاً لنفسه، ويكون الخيار باقياً إلى بلوغ ابنه، أو يخير الأب نفسه عن ابنه، فيختار لنفسه وعن ابنه إمضاء البيع وقطع الخيار، فيلزم حينئذ البيع.

فأما إذا مات أحد المتبايعين قبل التفرّق، فانتقل الخيار إلى وارثه، وإن كان غائباً، فله الخيار في موضعه الذي بلغه حيث كان، فإن زال عن الموضع، سقط خياره. وإن اختار أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء، غلب الفسخ على الإمضاء؛ لأن موضوع الخيار الفسخ. ولا فرق بين أن يفترق المتبايعان عن قصد لقطع الخيار ولزوم البيع، أو غير قصد ناسيين. فهذا الكلام في حد الافتراق وحكمه وما يتعلق عليه من فروعه.

فصل

فأما التخيير القائم في قطع الخيار ولزوم البيع مقام الافتراق:

فهو أن يخيّر أحدهما صاحبه بعد البيع فيختار الإمضاء، فينقطع بذلك الخيار، ويلزم معه العقد وإن كانا في مجلس بيعهما لم يتفرقا. وقال أحمد بن حنبل: لا حكم للتخيير في لزوم البيع، وهما على خيارهما ما لم يتفرّقا لعموم قوله ﷺ «البَيّعَانِ بالخيارِ ما لم يَتَفرَّقا». والدلالة عليه: الخبر المروي في كتابنا رابعاً عن ابن عمر أنَّ النبيّ ﷺ قال «كلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَفْتَرِقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: ٱخْتَرْ». وروي أنّه ﷺ ابْتَاعَ مِنْ أَعْرَابِيٍّ فَرَساً فَقَالَ لَهُ «ٱخْتَرْ» فَقَالَ: عَمَّرَكَ اللَّهُ مِمَّنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ النَّبِيّ ﷺ «امْرُؤٌ مِنْ قُرَيْشٍ»[1].

ولأنّ الخيار خياران: خيار شرطٍ، وخيار عقدٍ. ثم ثبت أنّ خيار الشرط ينقطع بالتخيير، فكذلك خيار العقد يجب أن ينقطع بالتخيير. فإذا ثبت أنّ التخيير يقوم مقام الافتراق في قطع الخيار ولزوم البيع، فخيّر أحدهما صاحبه: فإن اختارا جميعاً الإمضاء، انقطع الخيار ولزم البيع.

وإن اختارا جميعاً الفسخَ، انفسخ البيع وإن اختار أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء غلبا الفسخ على الإمضاء، وفسخ البيع، لأن موضوع الخيار الفسخ.

فصل

وقد يكون صريحاً: بأن يقول: فسخت.

وقد يكون بما يقوم مقام قوله: قد فسخت وهو أن يقول البائع في المجلس والثمن مُؤَجّلٌ: لست أمضي البيع إلا بتعجيل الثمن، ويقول المشتري: لست أعجّل الثمن، فيكون ذلك فسخاً للعقد ويقوم مقام قوله: قد فسخت، وكذلك نظائر ذلك وأشباهه.

فلو قال المشتري والثمن ألف درهم صحاح: لست أختاره إلا بألف غُلّةٍ، فقال البائع: لست أمضيه بالغُلّةِ، كان فسخاً، وإن لم يفترقا وأمضاه البائع بالألف الغلّة كان ذلك استئناف عقد غير الأوَّل وكان لهما الخيار ما لم يفترقا، أو يختارا الإمضاء. ومما يكون للبيع ويقوم مقام قوله: قد فسخت، أن يتلف المبيع قبل الافتراق، فيكون فسخاً للعقد لتلفه قبل انبرام العقد.

فلو قبض المشتري السلعة، ثم تلفت في يده قبل الافتراق، بطل العقد، وكانت السلعة

---

(١) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٥٥).

مضمونة على المشتري بالقيمة دون الثمن، لفساد العقد بالتلف، ووجوب الضمان باليد.

ولو قبضها المشتري، ثم أودعها البائع في المجلس، ثم تلفت في يد البائع قبل الافتراق، بطل البيع، وكانت مضمونة على المشتري بالقيمة، ولا تكون مضمونة على البائع؛ لأنها كانت في يده وديعة للمشتري. ومما يكون فسخاً للبيع أن يؤجّره أو يوصي به، أو يعرضه على البيع من غيره أو يقفه، أو يكون عبداً فيعتقه، أو ثوباً فيلبسه، إلى أشباه ذلك. فلو اختلفا بعد الافتراق، فقال أحدهما: افترقنا عن فسخ، وقال الآخر: افترقنا عن تراض: ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أن قول من ادعى الافتراق عن تراض؛ لأن دعواه تتضمن إنفاذ البيع، وهو الظاهر من حال العقد.

والوجه الثاني: أن القول قول من ادعى الافتراق عن فسخ؛ لأن دعواه تتضمن فسخ البيع. وإذا اختلف المتبايعان في إثبات العقد وإنكاره، كان القول قول منكره دون مثبته، فكذلك إذا كان الاختلاف في إنفاذه وفسخه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنِ اشْتَرَى جَارِيَةً، فَأَعْتَقَهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ التَّفَرُّقِ أَوِ الْخِيَارِ، وَاخْتَارَ الْبَائِعُ نَقْضَ الْبَيْعِ، كَانَ لَهُ، وَكَانَ عِتْقُ الْمُشْتَرِي بَاطِلاً، لأَنَّهُ أَعْتَقَ مَا لَمْ يَتِمَّ مِلْكُهُ، فَإِنْ أَعْتَقَهَا الْبَائِعُ كَانَ جَائِزاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ولهذه المسألة مقدّمة يترتب عليها الجواب وهي أن المشتري متى يملك المبيع في خيار المجلس وخيار الثلاث؟

فللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: نصَّ عليه في كتاب زكاة الفطر: أنّ المشتري يملك المبيع بنفس العقد، ويستقر ملكه بقطع الخيار، فيكون الملك حاصلاً بالعقد وحده، واستقرار الملك يكون بقطع الخيار.

والقول الثاني: نصَّ عليه في كتاب الأمّ: أنَّ المشتري لا يملك المبيع إلاَّ بالعقد وقطع الخيار، فلا يحصل الملك مُسْتَقِرّاً، إلاّ بالعقد وقطع الخيار جميعاً.

والقول الثالث: أنّ ملك المشتري للمبيع موقوف مُرَاعَى، فإن انقطع الخيار بعد العقد عن تراض منهما به، بان أنّ المشتري كان مالكاً للمبيع بنفس العقد، وإن نقض الخيار عن فسخ، بأن أنّ المبيع، لم يزل عن ملك البائع، وأنّ المشتري لم يكن مالكاً له. وقال أبو حنيفة: إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده، كان المبيع على ملك البائع في مدة الخيار،

فإذا انقضت مدّة الخيار، ملكه المشتري حينئذٍ بالعقد المتقدّم، وإن كان الخيار للمشتري وحده، فالمبيع قد زال عن ملك البائع بالعقد، ولا يملكه المشتري إلاّ بعد تقضي مدّة الخيار، فإذا انقضت ملكه حينئذٍ بالعقد المتقدّم. وهذا المذهب مخالف لمذاهبنا الثلاثة، وفي توجيهها دليل عليه. فأما القول الأوّل: وهو أنّ المشتري قد ملك بنفس العقد، ـ وهو أصح الأقاويل ـ فوجهه ثلاثة أشياء:

أحدها: حديث نافع عن ابن عمر أنّ النبيّ ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا».

فسمّاهما متبايعين، فدلَّ على حصول البيع، وموجب البيع حصول الملك.

والثاني: أنّ الخيار نوعان: خيار عقد، وخيار عيب.

فلمّا لم يكن خيار العيب مانعاً من حصول الملك، لم يكن خيار العقد مانعاً من حصول الملك.

والثالث: أنّ الأملاك تُستفاد بأحد وجهين: بقول، وبفعل.

فلمّا كان ما يملك بالفعل كالاصطيادِ والاحتشاشِ، لا يكون مرور الزمان مؤثّراً في تملكه، وجب أن يكون ما يملك بالقول كالبيع والهبة لا يكون مرور الزمان أيضاً مؤثّراً في تملكه.

وأما القول الثاني: وهو أنّ المشتري لا يملك المبيع إلاّ بالعقد وقطع الخيار، فوجهه شيئان:

أحدهما: حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنّ النبيَّ ﷺ قال «كلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا، حَتَّى يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ» فنفى البيع قبل الافتراق، فدلَّ على أن الملك يحصل بالافتراق.

والثاني: أنّ حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه، وموجب الملك جواز التصرّف، فلما كان المشتري ممنوعاً من التصرّف، دلَّ على أنّ الملك غير منتقل.

وأما القول الثالث: وهو أنّ الملك موقوف مراعى، فوجهه شيء واحد: وهو أنّ العقد يُثْبِتُ الملك، والخيار يَنْفِي الملك وأمرها متردد بين أن يغلب حكم العقد في إثبات الملك بقطع الخيار عن تراضٍ، وبين أن يغلب حكم الخيار في نفي الملك بالفسخ قبل تقضّي الخيار، فصار كالقبض الذي يقتضيه العقد ويقف تصحيحه عليه، فإن أقبضه بان صحة

العقد، وإن تلف بانَ فساد العقد، فكذا يجب أن يكون حال الخيار، فإن تقضى عن تراضٍ، بانَ صحة العقد وانتقال الملك، وإن تقضى عن فسخ بان بطلان العقد، وأن الملك لم ينتقل به.

فصل

فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه الأقوال: فالجواب عن عتق المشتري في زمان الخيار، مَبْنِيٌّ عليه: وهو أنه لا يخلو حال البائع بعد عتق المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يمضي البيع. أو يفسخه. فإن أمضى البائع البيع نَفِذَ عتق المشتري على قولين من ثلاثة، وهو على القول الذي يزعم أنّ الملك قد انتقل إلى المشتري بنفس العقد، وعلى القول الذي يزعم أنّ الملك موقوف مراعى؛ لأنّ عتق المشتري صادفَ ملكاً تامّاً.

فأمّا على القول الثالث، وهو أنّ المشتري لا يملك، إلا بالعقد والتفرّق، فعتق المشتري، باطل غير نافذٍ؛ لأنه قد تلّفظ بالعتق قبل ملكه، وقد قال النبيّ ﷺ «لا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ»[1].

ثم المشتري على هذا القول، بالخيار بين أن يستأنف عتقه، وبين أن يستديم رِقَّهُ وإن فسخ البائعُ البيعَ، بطل عتق المشتري على قولين من ثلاثة:

وهو إذا قيل: إنّه لا يملك بالعقد والافتراق، أو أنّ الملك موقوف مراعى؛ لأنّه تلفّظ بعتق ما لا يملك. فأمّا على القول الثالث: وهو أنّ المشتري يملك بنفس العقد، فلا يخلو حال المشتري المعتق من أحد أمرين: إما أن يكون موسِراً، أو معسراً: فإن كان المشتري معسراً، فعتقه باطل بوفاق أصحابنا كافّة، لأنّ للبائع فسخ البيع؛ لحفظ الرقبة، وطلب الحظّ، فلم يجز أن يبطل المشتري بعتقه ما يستحقه البائع بالفسخ.

وإن كان المشتري موسراً، فقد كان أبو العباس بن سريج يخّرج نفوذ عتقه على وجهين من اختلاف قوليّ الشافعي في عتق الراهن لعبده المرهون:

أحد الوجهين: أنّ عتقه باطل؛ لحجر البائع عليه. **والثاني**: أنّ عتقه جائز؛ لأنّ العتق لما سَرَى إلى غير الملك في حِصَّةِ الشريك، كان وقوعه في الملك ورفعه لحجر البائع أولى.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح (٢٠٤٨) والترمذي في الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء لاطلاق قبل النكاح (١١٨١) وأبو داود في الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح (٢١٩٠).

وكان أبو الطيب بن سلمة، وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي ابن أبي هريرة، ينكرون تخريج أبي العبّاس، ويبطلون العتق وجهاً واحداً، لأنّ المشتري وإن كان على هذا القول مالكاً، فخيار البائع يوقع عليه حجراً والمحجور عليه في ماله لا ينفذ عتقه كالسفيه.

والفرق بين هذا وبينا الراهن حيث ينفذ عتقه في عبده المرهون على أحد القولين وإن كان عليه حجر للمرتهن، أنّ حقّ المرتهن متعلّق بذمة الراهن، والرهن وثيقة فيه، فضعف حجره عليه، وليس كذلك البائع. فإن قيل: ببطلان عتق المشتري - وهو الصحيح - استرجع البائع عبده بالفسخ، ولم يلزم المشتري قيمةٌ ولا ثمنٌ، لبطلان العتق. وإن قيل: بنفوذ عتق المشتري - وهو الصحيح - استرجع البائع عبده بالفسخ، ولم يلزم المشتري قيمةٌ ولا ثمنٌ، لبطلان العتق. وإن قيل: بنفوذ عتق المشتري، فلا بد للبائع على العبد، لنفوذ عتقه، وصحة حريته. وعلى المشتري ضمانه للبائع، وفيما يضمنه به وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه بالثمن المسمّى، ويصير عتق المشتري مبطلاً لفسخ البائع.

والوجه الثاني: - وهو أصح - يضمنه بالقيمة؛ لأنّ بقاء الخيار، يثبت فسخ البائع، وفسخ البائع يوجب رفع العقدِ والثمن المسمّى فيه، وإذا بطل العقد، صار المشتري مستهلكاً للعبد بغير عقد، فوجب أن يضمنه بقيمته كسائر المتلفات. فهذا حكم عتق المشتري.

فصل

فأمّا إذا فعل المشتري بالمبيع في وقت الخيار تصّرفاً غير العتق، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يكون حكمه حكم العتق على ما مضى من إمضاء البائع دون فسخه، وذلك: الوقفُ، والتدبيرُ، والوصيّةُ.

والضرب الثاني: ما كان مردوداً باطلاً على الأحوال كلّها، سواء انفسخ البيع أو تمّ، وذلك: البيع، والإجارة، والرهن، والهبة.

والضرب الثالث: ما اختلف أصحابنا فيه، وذلك: الكتابة، ففيها وجهان: **أحدهما**: كالضرب الأوّل، فَتكون كالعتق؛ لأنّه يفضي إليه. **والوجه الثاني**: أنّه كالضرب الثاني، فيكون باطلاً؛ لأنّه عقد معاوضة كالبيع.

وجميع ما ذكرنا من تصرّف المشتري في المبيع بعتقٍ كان أو غيره إذا كان بغير أمر البائع. فأما إذا كان بأمر البائع وعن إذنه، فجميعه نافذٌ ماضٍ، ويكون تصرُّفُ المشتري بذلك عن إذن البائع اختياراً منهما لإمضاء البيع وقطع الخيار.

فإن قيل: أفيكون تصُّرفُ المشتري بما ذكرنا من العتق وغيره عن غير أمر البائع رضا منه لإمضاء البيع وقطع الخيار من جهته؟

قيل: لا يخلو حال تصرفِهِ من أحد أمرين: إمّا أن يكون في خيار الثلاث. أو في خيار المجلس.

فإن كان تصّرفه بما ذكرنا في خيار الثلاث، كان ذلك رضا منه لإمضاء البيع وقطع الخيار، ويكون خيار البائع باقياً؛ لأنّ خيار الثلاث لا يمتنع ثبوته لأحد المتبايعين دون الآخر، وكذا لو اختار إمضاء البيع بصريح القول، فقال: قد اخترت الإمضاء، انقطع خياره، ويكون خيار البائع باقياً له بحاله. وإن كان تصرّفه بما ذكرنا في خيار المجلس، أو قال: قد اخترت إمضاء البيع: فإن قابله البائع بالإمضاء على الفور كان ذلك قطعاً لخيارهما: **أما الأوّل**: فبالتصّرفِ الدّالِ على الرضا من جهته، أو بصريح اختياره. **وأما الثاني**: فبمقابلته له على إجازة تصرفه.

وإن لم يقابله البائع بالإمضاء على الفور، بل أمسك عن الرضا، ولم يصّرح في تصّرفه بالاختيار. فلا يخلو تصّرف المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يكون مما يلزمه حكمه في الحال كالعتق والوقف والتدبير، فيكون ذلك قطعاً لخياره ورضا للإمضاء من جهته ويكون خيار البائع باقياً.

وإنما بطل خيار المشتري؛ لأن بقاء خياره يمنع من لزوم حكم تصّرفه، فلمّا كان حكم تصّرفه لازماً له، أوجب سقوط خياره. وإن كان تصرّفه مما لا يلزم حكمه في الحال كالبيع، والإجارة لافتقارهما إلى صريح الاختيار.

فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين: **أحدهما**: وهو قول البغداديين: أنّه يكون قطعاً لخياره، وإن كان خيار البائع باقياً، كما لو اختار قطع في خيار الثلاث. **والوجه الثاني**: وهو قول البصريين وهو الصحيح: أنّه لا يكون ذلك قطعاً لخياره، وإنّما كان كذلك، لأنّ من حكم خيار المجلس أن يثبت للمتبايعين معاً، ولا يثبت لأحدهما دون الآخر، فلمّا كان الخيار باقياً للبائع وإن حدث من تصّرف المشتري وقوله ما حدث، اقتضى أن يكون الخيار باقياً للمشتري وإن حدث من تصرّفه وقوله ما حدث؛ ليكونا سواء فيما أوجب العقد تساويهما فيه.

وبهذا المعنى فارق خيار الثلاث حيث كان هذا التصّرف من المشتري قاطعاً لخياره وإن بقي خيار البائع؛ لأنّ خيار الثلاث يجوز ثبوته لأحدهما دون الآخر. فهذا الكلام في عتق المشتري وتصرفه.

فصل

فأمّا عتق البائع للعبد المبيع في زمان الخيار، فنافذٌ على الأقاويل كلّها، وليس للمشتري اعتراض وإن قيل: إنّه قد ملك، والفرق بين عتق البائع ـ حيث نفذ على الأقاويل كلّها ـ وبين عتق المشتري:

أنّ عتق البائع، فسخٌ، وعتق المشتري، إمضاءٌ. وفسخ البائع مقدّم على إمضاء المشتري، فلذلك نفذ عتقه، وإنّ لم ينفذ عتق المشتري.

وكذلك تصرّف البائع بغير العتق ماضٍ، ويكون فسخاً، كما لو آجر. أو رهن، أو وهب، أو وصى، أو وقف، أو دبّر، كان جميعه ماضياً، وكان للعقد فاسخاً. وسواء كان البائع قد أقبض المبيع في زمان الخيار، أو لم يحصل القبض.

قال أبو العبّاس بن سريج: فلو كان البائع بعد أن تقابضا العبد المبيع، وهبه للمشتري في زمان الخيار، جازت الهبة، وافنسخ البيع، واحتاج المشتري إلى تجديد قبض الهبة؛ لأنه كان مقبوضاً في يده بالبيع لا بالهبة.

فإن مات العبد قبل تجديد القبض، مات على ملك البائع الواهب، لأنّ الهبة لم تتمّ قبل القبض، وكان مضموناً على المشتري بالقيمة دون الثمن، لأنّه مضون عليه بالفسخ، والهبة لم تتمّ بالقبض، فلم يسقط الضمان. وفي المسألة قول ثانٍ، لم يحكه أبو العباس: أنّ العبد إذا كان في قبض الموهوب له، لم يحتج إلى تجديد قبض، وإنّما تصح الهبة بالعقد وأن يمضي بعده زمان القبض.

فعلى هذا القول يكون العبد تالفاً من ملك المشتري، ولا ضمان عليه، لصحة الهبة.

فصل

إذا قال المشتري في خيار المجلس للعبد المبيع: إن تَمَّ العقد بيننا وانبرم فأنت حُرٌ. فهذا القول لا يمنعه من اختيار الفسخ، بخلاف ما مضى من تعجيل عتقه.

ثم ينظر: فإن انفسخ البيع بفسخ البائع، أو بفسخ المشتري، رجع العبد إلى البائع، ولم يعتق، فإن تَمَّ البيع وصح، عتق على المشتري، إن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنّه موقوف مراعى، لوجود الصفة، وتقدم القول في ملكه. وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، لم يعتق عليه العبد، وإن وجدت صفة عتقه بتمام البيع؛ لأنّه علّق قوله بالعتق في زمان لم يكن له ملك، فجرى مجرى قوله لعبد غيره: إن ملكتك فأنت حرٌّ، فملكه، لم يعتق عليه لقوله ﷺ: «لا عِتْقَ قبْلِ ملْكٍ».

فلو كان المشتري قال: إن انفسخ البيع بيننا فأنت حرّ، لم يعتق عليه، وإن حصل الفسخ، لأنه بالفسخ قد صار في ملك غيره، وإن تَمَّ البيع فأحرى أن لا يعتق، لأن تمام البيع ليس صفة لعتقه. فلو كان البائع، قد قال في زمان الخيار للعبد المبيع: إن انفسخ البيع، فأنت حرّ، فانفسخ البيع إما بفسخه أو بفسخ المشتري، عتق على البائع على الأقاويل كلّها، لأنه كان عند عقد الصفقة بعتقه ممن يصح منه تعجيل عتقه، وقد وجدت الصفة في ملكه. فلو كان البائع قال: إن تمَّ البيع فأنت حرّ، فتم البيع، لم يعتق عليه، لوجود الصفة في غير ملكه.

فصل

إذا اشترى من يعتق عليه بالملك من والد أو ولد، جاز أن يشتريه مطلقاً من غير اشتراط خيار، فيثبت فيه خيار المجلس بالعقد ولا يثبت فيه خيار الثلاث لفقد الشرط، ويجوز أن يشتريه مقيّداً بشرط خيار الثلاث، فيثبت فيه خيار المجلس بالعقد، وخيار الثلاث بالشرط، فإن أراد البائع فسخ البيع في مدة الخيار، فذلك له على الأقاويل كلها، سواء كان في مدّة خيار المجلس أو خيار الثلاث.

ويفارق استئناف المشتري عتق الأمةِ في مدّة الخيار، حيث كان مانعاً من فسخ البائع في تخريج أبي العباس على أحد الأقاويل؛ لأن العتق إنما يقع في هذا الموضع حكماً لموجب البيع ويثبت بالعقد الذي يجتمعان عليه، وعتق المشتري إذا انفرد به جرى مجرى الإتلاف. فأما إن أراد المشتري فسخ البيع في مدة الخيار:

فإن كان الخيار لهما جميعاً، جاز للمشتري فسخ البيع على الأقاويل كلها، لما ذكرنا من التعليل، وهو أنه يعتق حكماً بالعقد الذي يجتمعان عليه.

وإن كان الخيار للمشتري وحده، جاز أن يفسخ إذا قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو إنه مراعى، لأنه يفسخ قبل تمام ملكه. فأما إذا قيل: إنه قد يملك بمجرد العقد، فعلى وجهين:

أحدهما: له الفسخ، ولا يعتق عليه ما لم يمض زمان خياره؛ لأن خيار الفسخ من موجبات العقد، فلم يجز أن يثبت العقد مع انتفاء موجبه.

والوجه الثاني: وهو الصحيح: ليس له أن يفسخ، وقد عتق عليه وسقط حكم خياره، لأن الخيار موضوع لطلب الحظّ، وتوفير الربح فيما وقع عليه العقد، وهذا المعنى مفقود فيمن يعتق بالملك، فلم يكن لثبوت الخيار في ابتياعه وجه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ عَجَّلَ الْمُشْتَرِي فَوطِئَهَا فَأَحْبَلَهَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ فِي غَفْلَةٍ مِنَ الْبَائِعِ، واخْتَارَ الْبَائِعُ فَسْخَ الْبَيْعِ، كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي مَهْرُ مِثْلِهَا، وَقِيمَةُ وَلَدِهِ مِنْهَا يَوْمَ تَلِدُهُ، وَلَحِقَهُ بِالشُّبْهَةِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا وطىء المشتري الجارية المبيعة في مدة الخيار، فعلى ضربين: **أحدهما**: أن يكون وطؤه فيما دون الفرج، فلا مهر فيه سواء تمَّ البيع أو انفسخ. وهل يوجب ذلك تحريم المصاهرة أم لا؟ على قولين: **والضرب الثاني**: أن يطأ في الفرج، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تحبل بوطئه. **والثاني**: أن لا تحبل.

فإن لم تحبل بوطئه، فلا حَدَّ عليه فيه على الأقاويل كلها، لشبهة الملك.

فأما المهر، فمعتبر بتمام البيع وفسخه: فإن تمّ البيع بينهما، فلا مهر عليه إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنه مراعى، لأن وطأه: صادف ملكه. وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، ففي وجوب المهر عليه وجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في خيار المجلس والشرط، هل يجري مجرى خيار العيب أو مجرى خيار البذل والقبول؟

أحدهما: أنه يجري مجرى خيار العيب فعلى هذا لا مهر عليه.

والثاني: أنه يجري مجرى خيار البذل والقبول، فعلى هذا عليه المهر.

وإن انفسخ البيع بينهما، فعليه المهر إن قيل: لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إنه مراعى.

فأما إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي وجوب المهر عليه وجهان على ما مضى.

فصل

وإن أحبلها بوطئه، فالولد حرّ يلحق به: ويتعلق على ذلك ثلاثة أحكام:

أحدها: في المهر، وهو على ما مضى سواء. **والثاني**: في قيمة الولد، وهو كالمهر.

إن تمّ بينهما، فلا قيمة للولد عليه، إن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنه مراعى. وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، ففي وجوب قيمته وجهان:

أحدهما: عليه القيمة، لأنها حملت به في غير ملكه. **والثاني**: لا قيمة عليه، لأنها تضعه في ملكه.

وإن انفسخ البيع بينهما، فعليه قيمة الولد إن قيل: لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إنه مراعى. وإن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، ففي وجوب قيمته وجهان:

أحدهما: ليس عليه قيمته، لأنّها علقت به في ملكه. **والثاني**: عليه قيمته؛ لأنها تضعه في غير ملكه.

والحكم الثالث: في كونها أم ولد أم لا؟ وهو مبني على أصل نذكره، ثم نبني جواب المسألة عليه، وذلك أنّه لا يخلو ولد الأمة من ثلاثة أضرب:

أحدها: إن تعلق بمملوك، إمّا من زواجٍ أو زناً، فلا تصير به أم ولد للواطىء في الحال ولا في ثاني حال.

والضرب الثاني: أن تعلق بحرٍّ في ملك كالسيد يطأ أمته، فتعلق منه، فقد صارت به أمَّ ولد في الحال.

فلو كان قد تعلق برقبتها حقّ الغير فبيعت فيه كالمرتهن إذا بيعت في حقّه، ثم ملكها من بعد، صارت أم ولد قولاً واحداً.

والضرب الثالث: أن تعلق بحرٍّ في غير ملك كوطء الشبهة، فلا تصير به أمّ ولد في الحال. وهل تصير به أمّ ولد إذا ملكها في ثاني حال؟ على قولين:

فإذا ثبت هذا الأصل، فلا يخلو حال العقد عليها من أحد أمرين:

إما أن يتمَّ بينهما، أو ينفسخ. فإن تمَّ البيع بينهما، صارت أمَّ ولد له، إذا قيل: إنه قد ملك بنفس العقد أو قيل: إنّه مراعى؛ لأنّها علقت منه بحرٍّ في ملك.

فأمّا إن قيل: إنّه يملك إلاّ بالعقد والافتراق، فهل تصير له مّ ولد أم لا؟ على قولين، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في غير ملك.

وإن انفسخ البيع بينهما، صح الفسخ وكان للبائع أن يتصرَّف فيها بعد الفسخ كيف شاء من بيع أو غيره؛ لأنج تعلق حقّه برقبتها مقدم على حرية ولدها، كحقّ المرتهن، إذا صارت الأمة المرهونة أمّ ولد للراهن. وإن ملكها المشتري فيما بعد، فإن قيل: إنه قد كان ملكها بنفس العقد، صارت له أمّ ولد، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في ملكه. وإن قيل: إنه لم يكن مالكاً إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إن الملك مراعى، فهل تكون أم ولد له أم لا؟ على قولين، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في غير ملك.

فصل

وأما قول الشافعي: ولو عجّل المشتري، فوطئها، فأحبلها قبل التفرق.

فقد أنكر عليه قومٌ، وقالوا: إحبالها قبل التفرّق مستحيل. وعنه جوابان:

أحدهما: أنه على التقديم والتأخير، وتقدير الكلام: ولو عجّل المشتري فوطئها قبل التفرق في غفلة من البائع فأحبلها، وهذا مستقيم، فقدّم لفظ الإحبال، وإن كان في المعنى مؤخراً.

والجواب الثاني: أن الكلام على حاله لا تقديم فيه ولا تأخير، ومعناه مستقيم؛ لأنَّ الإحبال يقع قبل التفرق؛ لأنه حادث عن الوطء، وإنما يتأخر ظهوره، وليس تأخّر ظهوره بمانع من حصوله.

وأما قوله: في غفلة من البائع: ففيه تأويلان: **أحدهما**: أنه شرط في بقاء الخيار للبائع، ولو رآه البائع يطأ كان رضاً منه لإمضاء البيع وقطعاً لخياره. وهذا قول أبي العباس بن سريج، لأن البائع يستحق بخياره منع المشتري من التصرّف، فإذا رآه يتصرّف، فأمسك عن منعه، كان راضياً به، فبطل خياره.

والتأويل الثاني: أنه قال ذلك لتحقيق صورة المسألة، إذ بعيد في العادة أن يطأ الناس بحضرة الناس، فأحبّ أن يصوّرها على ما يصح وجودها في العرف، ولا يكون ذلك شرطاً في خيار البائع، ولا تكون رؤية البائع. وعدم إنكاره قطعاً لخياره، لأن الرضا لا يكون مأخوذاً من فعل الغير والله أعلم.

فصل

فأما وطء المشتري، فهل يكون قاطعاً لخياره ورضاً منه لإمضاء البيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: يكون قاطعاً لخياره كوطء البائع.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن وطء المشتري لا يكون رضاً لإمضاء البيع، وإن كان وطء البائع رضاً للفسخ.

والفرق بينهما: أن البيع لما لم يصح إلا بالقول، لم يصح إمساكه والرضا به إلاّ بالقول. ولما كان الملك قد يحصل بالفعل كالاصطياد والاحتشاش، جاز أن يكون الرد إلى الملك بالفعل يفسخ البيع فيصح بالفعل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ وَطِئَهَا الْبَائِعُ، فَهِيَ أَمَتُهُ وَالْوَطْءُ اخْتِيَارٌ لِفَسْخِ الْبَيْعِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وإذا وطيء البائع الجارية المبيعة في مدّة الخيار، كان فسخاً للبيع على الأقاويل كلّها، لما ذكرنا: من أن الملك لمّا حصل بالفعل، جاز أن يكون الردُّ إليه يحصل بالفعل، وبهذا المعنى يقع الفرق بين فسخ البيع حيث كان بالوطء، وبين رجعة المطلقة، حيث لم يجز أن يكون بالوطء: لأن النكاح لمّا لم يصح إلا بالقول لم تصح الرجعة إليه إلا بالقول، والملك لمّا حصل بالفعل جاز أن يصح الردّ إليه بالفعل.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِي: وَهَذَا عِنْدِي دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ لامْرَأَتَيْنِ لَهُ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، فَكَانَ لَهُ الْخيَارُ، فَإِنْ وَطيء إِحْدَاهُمَا أَشْبَه أَنْ يَكُونَ قَدِ اخْتَارَهَا، وَقَدْ طُلِّقَتِ الأُخْرَى. كَمَا جَعَلَ الْوَطْء اخْتِيَاراً لِفَسْخِ الْبَيْعِ».

قال الماوردي: ولهذه المسألة حالتان: **إحداهما**: أن يقول لإحدى زوجتيه: إحداكما طالق أو لأمتيه: إحداكما حرة، ويعيّن وقوع الطلاق في إحدى زوجتيه والعتق في إحدى أمتيه:

فإن كان كذلك لم يكن وطء إحداهما بياناً لوقوع الطلاق والعتق لغير الموطوءة، لأنّه قد وقع معيّناً باللفظ قبل الوطء.

والحالة الثانية: أن يكون قد أبهم الطلاق في زوجتيه والعتق في أمتيه من غير أن يكون قد عيّنه في واحدة منهما، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: الوطء يكون اختياراً لإمساك الموطوءة وطلاق الأخرى إن كانت زوجته، وعتقها إن كانت أمة، كما ذكره المزني.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: إن الوطء لا يكون بياناً في الموضوع وإن كان بياناً في فسخ البيع.

والفرق بينهما: أن الطلاق والعتق إزالة للملك، وإزالة الأملاك لا تقع إلا بالقول دون الفعل. وفسخ البيع استرجاع للملك، والأملاك قد تحصل بالقول والفعل والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا فَالْخِيَارُ لِوَارِثِهِ».

قال الماوردي: ذكر الشافعي في هذا الموضع من كتاب البيوع أنّ خيار المجلس لا يبطل بالموت ويكون موروثاً. وقال في كتاب المكاتب: إن مات المكاتب وقد باع أو اشترى قبل أن يتفرَّقا، فقد وجب البيع. زاد أبو حامد في جامعه: ولم يكن للسيد الخيار. فظاهر قوله: فقد وجب البيع: يوجب قطع الخيار بالموت وأن لا يكون موروثاً لسيده، وقد

صرّح به أبو حامد في الزيادة التي ذكرها.

واختلف أصحابنا في اختلاف نصّه في هذين الموضعين على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب أبي إسحاق المروزي: أن المسألة على قولين في الموضعين:

أحدهما: أن الموت يقطع خيار المجلس في بيع الحرّ والمكاتب، ولا ينتقل إلى وارث الحر ولا إلى سيد المكاتب، لأنه لما انقطع الخيار بمفارقة الأبدان، فأولى أن ينقطع بالموت المُفَرِّق بين الأرواح والأبدان.

والقول الثاني: أن الخيار لا ينقطع بالموت، وينتقل إلى وارث الحرّ وسيّد المكاتب ـ وهو أصح القولين ـ لأن الخيار قد ثبت في المجلس بالعقد وفي الثلاث بالشرط، فلمّا لم ينقطع خيارا لثلاث بالموت وكان موروثاً، وجب أن لا ينقطع خيار المجلس بالموت ويكون موروثاً. ولأنه لاما لم ينقطع خيار المجلس بالتفرق على وجه الإكراه، كان أولى أن لا يبطل بالموت، لأنه أكثر إكراها. **والمذهب الثاني من مذاهب أصحابنا**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن المسألة على قول واحد في الموضعين، وأن الخيار لا ينقطع بالموت، لما ذكرنا، ويكون منتقلاً إلى وارث الحر وسيد المكاتب. وقوله في المكاتب: فقد وجب البيع:

قصد به الردَّ على من زعم أن المكاتب إذا مات في مدّة الخيار بطل البيع، لأنه يموت عبداً.

والمذهب الثالث: أن الجواب مختلف على اختلاف نصّيه في الموضعين، فيكون الخيار منتقلاً عن الحر إلى وارثه، ولا ينقطع بموته. ولا ينتقل عن المكاتب إلى سيّده، وينقطع بموته.

والفرق بينهما: أنّ الحرَّ ينتقل ماله إلى وارثه بالإرث وحدوث الموت، فقام في الخيار مقدام مُوَرِّثِهِ، كما قام مقامه في غيره. وليس كذلك المكاتب، لأنه ينتقل ماله إلى سيده بالملك المتقدم، لا بالإرث، فلما بطل خيار المكاتب بالموت لم ينتقل إلى سيده بحق الملك، كالوكيل إذا مات في مدة الخيار لم ينتقل الخيار إلى مُوكّلِهِ، لأنه ينتقل إليه بحق الملك لا بالإرث.

فصل

فإما إذا جن أحد المتبايعين في خيار المجلس، فالخيار ثابت لا ينقطع بما حدث من الجنون، لأن الحقوق لا تبطل بحدوثه، وسواء فارق المجنون المجلس أو قام فيه، لأن فعل

المجنون لا حكم له، فلم ينقطع الخيار بفراقه. وينتقل الخيار عنه إلى وليِّه، كما ينتقل خيار الميّت إلى وارثه. ويكون الخيار باقياً لوليّ المجنون ووارث الميت ما لم يعلما بالحال ولم يفارق العاقد الآخر المكان.

فإذا علم وليُّ المجنون ووارثُ الميت، فلهما الخيار في مجلسهما الذي علما فيه ما لم يفارقاه. فإن فارقا المجلس الذي علما فيه، أو فارق العاقد الآخر المكان الذي عقد البيع فيه، فقد انقطع الخيار ولزم البيع.

فصل

فأما خيار الثلاث، فلا يختلف مذهب الشافعي أنه موروث لا يبطل بالموت.

وقال أبو حنيفة: خيار الثلاث يبطل بالموت ولا يورث. استدلالاً بأنه خيار يمنع من انتقال الملك، فوجب أن يبطل بالموت كخيار القبول. قال: ولأن الخيار في المبيع ينفي موجب العقد من جواز التصرّف فيه، كما أن الأجل في الثمن ينفي موجب العقد فمنع من جواز تصرّف البائع فيه، ثم ثبت أن الأجل يبطل بالموت، فاقتضى أن يكون الخيار باطلاً بالموت.

وتحريره قياساً: أنه معنى ينفي موجب العقد، فوجب أن يبطل بالموت كالأجل. قال: ولأنّ الخيار من حقوق العقد، لا من حقوق الملك، والورثة إنما يخلفون الميت في الملك لا في العقد، فوجب أن لا يكون لهم في الخيار حق. ألا ترى أن المُوَكِّلَ لا يثبت له ما ثبت لوكيله من خيار الشرط، لأنه من حقوق العقد. ويثبت له خيار العيب، لأنه من حقوق الملك.

ولأن هذا الخيار مستحق بالشرط، فوجب أن يكون مقصوراً على من شرط له، والوارث لم يشترط له الخيار، فوجب أن لا يستحقه.

ودليلنا: هو أنّه خيار ثابت في بيع، فجاز أن يقوم الوارث فيه مقام مورثه كخيار العيب. ولأنه معنى يسقط التكليف، فوجب أن لا يقطع الخيار المستحقَّ كالجنون. ولأنّ كل خيار لا ينقطع بالجنون لا ينقطع بالموت كخيار العيب. ولأنّ الخيار من حقوق الملك لا من حقوق الغقد، بدليل ثبوته بعد تقضّي العقد، فوجب إذا انتقل الملك إلى الوارث أن ينتقل إليه بحقوقه كالرهن المشروط في حقه. وفي هذا الاستدلال انفصال.

فأما الجواب عما ذكروه من قياسهم على خيار القبول: فهو أن المعنى في خيار القبول أنّه لمّا بطل بالجنون، بطل بالموت، على أن من أصحابنا من يقول: لم يبطل بالموت،

وإنما بطل بالتراخي ومن شروط صحته أن يكون على الفور، وهذا قول أبي القاسم الداركي.

حتى قال: لو كان الموت عقيب البذل، فقال الوارث في الحال: قد قبلت، صح العقد، إذا لم يقع التراخي بين بذل البائع وقبول الوارث. وهذا قول يخالف الإجماع. والجواب الأول: هو الصحيح.

وأما الجواب عن قياسهم على الأجل: فالمعنى فيه: أن الموت لما أتلف الذمّة التي أثبت فيها الدين المؤجّلُ، أبطل الأجلَ، لتلف مَحَلِّهِ، ولم يجز أن ينتقل الدين بأجله إلى ذِمَّةِ الوارث، لأنّ صاحب الدين لم يرض بِذمَّتِهِ. وليس كذلك الخيار، لأنّه مستحق في المبيع الموجود بعد الموت، كوجوده قبل الموت، فجاز أن لا يبطل بالموت، ألا ترى أن موت من له الدين لما لم يكن متلفاً للذمة التي يثبت فيها الأجل لم يكن موته مبطلاً للأجل.

وأما الجواب عن قولهم: لأنه مستحق بالشرط، فوجب أن يكون مقصوراً على من له الشرط: فهو أنه باطل بالصفة المشروطة في المبيع، وهو أن يبتاع عبداً على أنه صانع فيوجد غير صانع فللوارث الخيار في فسخ البيع، لعدم الصفة المستحقة بالشرط وإن كان الشرط لغيره، على أن خيار الثلاث موروث:

فإن كان الوارث واحداً، كان بالخيار في مدّة الخيار بين إمضاء البيع في المبيع كلِّهِ أو فسخ جميعه. وإن كانوا جماعة: فإذا اتفقوا على إمساك المبيع كلّه أو ردّ جميعه، فذاك لهم. وإن أراد بعضهم الردَّ وبعضهم الإمساك؟

فمذهب الشافعي: أنه ليس لهم ذلك، وقيل لمن أراد الردّ: لا حق لك في الردِّ إلا أن يردّ الباقون معك، لأن الصفقة واحدة، فلم يجز تبعيضها على البائع.

وفيه وجه آخر أنه يجوز لكل واحد من الورثة أن ينفرد بردّ حصته دون شركائه، لأنّه يردّ جميع ما استحقه بالعقد، فصار في حكم المشترين صفقة. هذا كله إذا كان الميت هو المشتري.

أما إن كان الميت هو البائعُ، فلكل واحد من ورثته أن ينفرد، فيفسخ البيع في حصته، لا يختلف فيه المذهب بخلاف ورثة المشتري، وإنما كان كذلك، لأنه إذا فسخ بعض ورثة البائع في حصته، ثبت للمشتري خيار الفسخ في الباقي، لتبعيض الصفقة، فأمكنه دفع الضرر عن نفسه. وليس كذلك إذا مات المشتري فأمسك بعض ورثته وردّ بعضهم، لأن البائع لا يثبت له بذلك خيار يمكنه أن يدفع به الضرر عن نفسه.

فصل

إذا مات أحد المتعاقدين في مدة خيار الثلاث، فلم يعلم الوارث حتى مضت الثلاث، سقط الخيار ولزم البيع، لأن تحديد الخيار بالثلاث يمنع من ثبوته بعد الثلاث.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَتْ بَهِيمَةً فَنَتَجَتْ قَبْلَ التَّفَرُّقِ ثُمَّ تَفَرَّقَا، فَوَلَدَهَا لِلْمُشْتَرِي، لأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ وَهُوَ حَمْلٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مبنية على أصلين: **أحدهما**: ملك المبيع بماذا ينتقل إلى المشتري؟ وفيه ثلاثة أقاويل مضت. **والثاني**: في الحمل، هل يأخذ قسطاً من الثمن أو يكون تبعاً؟

على قولين:

أحدهما: يكون تبعاً، ولا يأخذ من الثمن قسطاً كالسَمْنِ والأعضاء، لأنه لو أعتق الأمّ سرى العتق إلى حملها كسرايته إلى أعضائها التابعة لها.

والقول الثاني: يأخذ قسطاً من الثمنم كاللبن، لأنّه لو أعتق الحمل لم يسر العتق إلى أمّه، ولو كان تبعاً لها كأعضائها لسرى عتقه إليها كما يسري عتق أعضائها إليها. فإذا ثبت هذان الأصلان: فصورة مسألة الكتاب في رجل ابتاع بهيمة حاملاً، فوضعت بعد العقد وقبل الافتراق. فإن قلنا: إنّه يأخذ قسطاً من الثمن، صار العقد كأنه قد تناولهما معاً. فإن تمَّ البيع كان الولد للمشتري مع الأمِّ.

وإن انفسخ البيع كان الولد للبائع ـ وهذا على الأقاويل كلّها ـ ويكون الولد مضموناً على البائع، حتى يُسَلِّمَهُ، ومضموناً على المشتري إذا تَسَلَّمَهُ.

وإن قلنا: إن الحمل تبعٌ: فلا يخلو حال البيع من أن يتم، أو ينفسخ: فإن تم البيع، فحكم الولد مبنيٌ على الأقاويل الثلاثة في انتقال الملك.

فإن قلنا: إنَّ الملك ينتقل بنفس العقد، أو قلنا: إنه مراع، فالولد للمشتري، لحدوثه في ملكه.

وهل يكون مضموناً على البائع، حتى يُسَلِّمَهُ؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوله في نَمَاءِ الصِداق.

هل يكون مضموناً على الزوج أم لا؟

وإن قنلا: إن الملك لا ينتقل إلا بالعقد وقطع الخيار، ففي الولد وجهان مبنيّان على

اختلاف أصحابنا في خيار المجلس، هل يجري مجرى خيار العيب أو مجرى خيار القبول؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون للمشتري، وهذا إذا قيل: إنه يجري مجرى خيار العيب.

فعلى هذا هل يكون مضموناً على البائع إذا كانت الولادة قبل التسليم؟ على وجهين:

والثاني: أنه يكون للبائع، وهذا إذا قيل: إنه يجري مجرى خيار القبول.

فعلى هذا لو كانت الولادة بعد التسليم، لزم المشتري ردّه، ولم يكن مضموناً عليه إلا بالتعدي وجهاً واحداً، لأن المشتري يضمن المبيع في حَقِّ نفسه، فلم يلزمه ضمان النَمَاءِ في حق غيره، ولما كان البائع يضمن المبيع في حق غيره، جاز أن يلزمه ضمان النَمَاءِ في حق غيره.

فصل

وإن انفسخ البيع بينهما:

فإن قلنا: إن المشتري لا يملك إلاَّ بالعقد وقطع الخيار، أو قلنا: إنه موقوف مراعى، فالولد للبائع، وهو أمانة في يد المشتري لا يضمنه إلا بالتعدّي.

وإن قلنا: إن المشتري قد ملك بنفس العقد فعلى وجهين:

أحدهما: أن الولد للبائع إذا قيل: إن هذا الخيار مجرى خيار القبول، ويكون أمانةً في يد المشتري.

والوجه الثاني: الولد للمشتري إذا قيل: إنّ هذاا لخيار يجري مجرى خيار الغيب.

وهل يكون على البائع ضمانة أم لا؟ على وجهين:

وكذا الحكم في كل نَمَاءٍ حدث بعد العقد وقبل قطع الخيار من ثمرة، وكسب، كالولد سواء والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ كُلُّ خِيَارٍ بِشَرْطٍ جَائِزٍ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ويريد به أن جميع ما تقدم من المسائل في عتق المشتري، وعتق البائع، ووطء المشتري، ووطء البائع، ونتاج البهيمة، إذا حدث في خيار الثلاث، فحكمها على ما مضى في خيار المجلس سواء.

وانتقال الملك في خيار الثلاث كانتقاله في خيار المجلس على ثلاثة أقاويل. نحن نوضح معانيها بالتفريع عليها، فمن ذلك:

أن يشتري أمةً، فتحيض بعد العقد وقبل تقضي الخيار فإن قلنا: إن المشتري لا يملك إلاَّ بالعقد وتقضّي الخيار، لم تعتدَّ بهذه الحيضة عن الاستبراء. وإن قلنا: إنه قد ملك بالعقد أو إنه موقوف مراعى، فعلى وجهين:

أحدهما: تعتدُّ بهذه الحيضة عن الاستبراء، لحدوثها في ملكه. **والوجه الثاني**: وهو ظاهر نصه في كتاب الاستبراء: أنه لا تعتدّ بهذه الحيضة عن الاستبراء، لأن الفرج في زمان الخيار محظور عليه، وينبغي أن يقع الاستبراء في زمان الإباحة. وكذا لو ولدت في زمان الخيار من زنا، كان وقوع الاستبراء به كالحيض سواء.

فصل

وإذا اشترى الرجل زوجته الأمةَ، ففي جواز وطئها في مدة الخيار وجهان:

أحدهما: يجوز له وطؤها، لأنها لا تخلو من أن تكون أمته أو زوجته، وأيُهما كانت، حلّ له وطؤها. **والوجه الثاني**: وهو ظاهر نص الشافعي: لا يجوز له وطؤها، قال الشافعي: لأنه لا يدري أيطأ بالملك أم بالزوجية؟

فإن تمَّ البيع بينهما، بطل نكاحها، وصارة أمةً يجوز له وطؤها، وهل عليه أن يستبرئها قبل وطئه أم لا؟ على وجهين مبنيين على الوجهين، هل حَرُمَ عليه وطؤها بعدَ العقد وقبل مضي الخيار أم لا؟ فإن قيل: قد حَرُمَ عليه وطؤها، وجب عليه الاستبراء، لحدوث الملك. وإن قيل: لا يَحْرُمُ عليه وطؤها، لم يجب عليه الاستبراء. وإن انفسخ البيع بينهما: فإن قيل: إنه لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، أو أنه موقوف مراعى، فالنكاح بحاله، وهما على الزوجية.

وإن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي فسخ النكاح وجهان:

أحدهما: ينفسخ لوقوع ملكه. **والثاني**: وهو ظاهر مذهبه: أنّ النكاح بحاله لا ينفسخ، لأنّ ملكه وإن تم فهو ملك غير مستقر.

فصل

إذا اشترى الرجل زوجته الأمةَ، ثم طلقها ثلاثاً في مدّة الخيار؟

فإن تم البيع بينهما، لم يقع الطلاق، إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، أو هو

موقوف، وإن قيل: لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: لا يقع، لما ذكرنا، ويحلُّ له وطؤها. **والثاني**: قد وقع، ولا يحلُّ له وطؤها إلا بعد زوج.

وإن انفسخ البيع بينهما، وقع الطلاق، إن قيل: إنّه لا يملك إلاّ بالعقد وتقضّي الخيار، أو هو موقوف مراعى. وإن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي وقوع الطلاق وجهان والله أعلم.

فصل

وإذا اشترى زوجته الأمة، وكان قد طلقها قبل العقد فراجعها في مدة الخيار:

فإن تمَّ البيع، لم يكن للرجعة تأثير، لأن النكاح قد انفسخ.

وإن انفسخ البيع بينهما، صحت الرجعةُ، إن قيل: إنا لا يملك إلاّ بالعقد وتقضّي الخيار، أو هو موقوف مراعى. فإن قيل قد ملك بنفس العقد، ففي صحة الرجعة وجهان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ بَأْسَ بِنَقْدِ الثَّمَنِ فِي بَيْعِ الخِيَارِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: يجوز للمشتري أن يدفع الثمن في مدة الخيار إلى البائع، وللبائع أن يدفع المبيع فيها إلى المشتري. وكره مالك دفع الثمن في مدة الخيار، ولم يكره دفع المبيع، لأن بالمشتري حاجة إلى تقليب المبيع ونظر عينيه. وهذا خطأ، لأن تسليم الثمن وقبض المبيع من موجب العقد، وما أوجبه العقد لم يمنع منه بعد العقد. وإذا صح جواز ذلك، وقبض المشتري المبيع، لم يكن ذلك قطعاً لخيار البائع، ولا يكون قبض البائع قطعاً لخيار المشتري. ويمنع البائع من التصرف في الثمن، والمشتري في التصرّف في المبيع حتى تنقضي مدة الخيار، لأنّ الخيار يوقع حجراً في التصرّف. فإن تم البيع، استقرّ وجاز التصرف. وإن انفسخ البيع، استرجع المشتري الثمن من البائع، واسترجع البائع المبيع من المشتري.

فلو قال المشتري: لست أَرُدُّ المبيع إلا بعد استرجاع الثمن، وقال البائع: لست أَرُدُّ الثمن إلا بعد استرجاع المبيع، لم يكن لواحد منهما حبس شيء مما بيده، ووجب لمن بدأ بالمطالبة أن يسترجع ما بيد صاحبه ثم يرد عليه ما بيده.

والفرق بين هذا، حيث لم يكن لواحد منهما حبس ما بيده على استرجاع ما بيد صاحبه، وبين أن يتمانعا القبض مع صحة العقد، فيقول البائع: لا أسلم المبيع إلاّ بعد قبض

الثمن، ويقول المشتري: لا أدفع الثمن إلاّ بعد قبض المبيع، فيكون لكل واحد منهما حبس ما بيده على قبض ما بيد صاحبه:

إنّ فسخ البيع قد رفع حكم العقد، فكان التسليم لأجل اليد، لا بالعقد، واليد توجب الردّ، وليس كذلك إذا تمانعا مع بقاء العقد، لأن التسليم مستحق بالعقد، والعقد وإن أوجب عليه تسليم ما بيده، فقد أوجب له قبض ما في مقابلته، فجاز أن يكون أحدهما محبوساً على قبض الآخر له كما في الموجبين.

فصل

فلو تلف المبيع في يد المشتري قبل ردّه على البائع، فعلى ضربين: **أحدهما**: أن يكون تلفه قبل الفسخ. **والثاني**: أن يكون بعد الفسخ. فإن كان تلفه قبل الفسخ في مدة الخيار، فلا يخلو حال الخيار من أحد أمرين: إما أن يكون خيار المجلس، أو خيار الشرط.

وإن كان خيار المجلس، فهو مضمون على المشتري بالقيمة دون الثمن على الأقاويل كلها، لا يختلف فيه المذهب، وسواء كان مما له مثل كالحنطة والشعير، أو مما لا مثل له كالثياب والعبيد، لأنّ ما له مثل، إنما يضمن بالمثل دون القيمة إذا لم يكن مضموناً على وجه المعاوضة كالغصب، فأمّا إذا كان مضموناً على وجه المعاوضة كالمقبوض للسوم أو بعقد بيع فاسد، أو مفسوخ، فإنه يضمن بالقيمة دون المثل. وإن كان خيار شرط نُظِرَ. فإن كان الخيار لهما أو للبائع وحده، فهو مضمون على المشتري بالقيمة دون الثمن، لا يختلف.

وإن كان الخيار للمشتري وحده دون البائع، فإن قيل: لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، أو هو موقوف مراع، فهو ضامن له بالقيمة دون الثمن.

وإن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، فعلى وجهين: **أحدهما**: ـ وهو ظاهر نصه في البيوع ـ أنه ضامن له بالقيمة دون الثمن، لأن البيع لم يتمّ.

والثاني: ـ وقد أشار إليه في كتاب الصداق ـ أنه ضامن له بالثمن المسمّى دون القيمة، لأن ثبوت الخيار له وحده يجري مجرى خيار العيب، وإذا تلف المبيع، وقد ثبت فيه خيار العيب كان مضموناً بالثمن دون القيمة، فكذلك في خيار الشرط.

فأما إذا كان تلفه في يد المشتري بعد الفسخ، فلا يضمنه بالثمن، لا يختلف، لاستقرار الفسخ، وإنما يضمنه بالقيمة. فإن تلف قبل الطلب، كان المشتري ضامناً للقيمة سواء كان ممّا له مثل أم لا، لأنه مقبوض على وجه المعاوضة. وإن تلف بعد طلب البائع

وبيع المشتري: فإن كان ممّا لا مثل له، ضمنه بالقيمة في أكثر الأمرين. وإن كان ممّا له مثل، فعلى وجهين:

أحدهما: يضمنه بالقيمة أيضاً؛ لأنه مقبوض على وجه المعاوضة.

والثاني: يضمنه بالمثل، لأنه لما منع من الرد بعد الفسخ والطلب، صار غاصباً، وخرج عن أن يكون معاوضاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ شَرْطُ خَيَارٍ أَكْثَرَ من ثَلاَثٍ وَلَوْلاَ الْخَبَرُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْخَيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّام فِي الْمُصَرَّاةِ وَلِحِبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ فِيمَا اشْتَرى ثَلاثاً لَمَا جَازَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ سَاعَةً وَلاَ يَكُونُ لِلْبَائِعِ الانْتِفَاعُ بِالثَّمَنِ وَلاَ لِلْمُشْتَرِيَ الانْتِفَاعُ بِالجَارِيَةِ فَلَمَّا أَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى مَا وَصَفْنَاهُ ثَلاثاً اتَّبَعْنَاهُ وَلَمْ نُجَاوِزْهُ وَذَلِكَ أَنَّ أَمْرَهُ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ ثَلاثَاً حَدًّا».

قال الماوردي: وهذا كما قال، خيار الشرط، لا يجوز أكثر من ثلاث، وبه قال أبو حنيفة. وقال أحمد وإسحاق: خيار الشرط يجوز مؤبداً من غير تحديد بمدّة معلومة.

وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور: يجوز مؤبداً إذا كان محدوداً بمدة معلومة. وقال مالك: يجوز من خيار الشرط في المبيعات على قدرها وبحسب ما تدعو إليه الحاجة في تعرّف أحوالها، فما أمكن تعرّفُ حاله في يوم، لم يجز أن يشترط فيه ثلاثاً، وما لم يمكن تعرّف حاله إلاّ في شهر، جاز أن يشترط فيه شهراً واستدلوا على جواز اشتراط الخيار فوق ثلاث:

بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم»[(١)].

ولأنه خيار معلوم، فوجب أن يثبت في البيع، أصله خيار الثلاث؛ ولأنه شرط ملحق بالبيع يجوز ثلاثاً فوجب أن يجوز أكثر من ثلاث كالأجل؛ ولأن الخيار ضربان:

خيار مجلس، وخيار شرط. فلما جاز أن يمتد خيار المجلس فوق ثلاث، جاز أن يكون الشرط فوق ثلاث. ودليلنا: رواية أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ» فأجيز بالدلالة خيار الثلاث، وبقي ما سواه على حكم المنع.

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس (١٣٥٢)، وأبو داود في الأقضية، باب في الصلح (٣٥٩٤).

وروى الشافعي عن سفيان عن ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر: أَنَّ حِبَّانَ بنَ مُنْقِذٍ كَانَ شُجَّ فِي رَأْسِهِ مَأْمُومَةٌ، فَثَقَلَ لِسَانُهُ، وَكَانَ يَخْدَعُ فِي الْبَيْعِ، فَجَعَلَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا يُبَايِعُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلاثاً، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قُلْ لا خِلاَبَةَ»[1] قال ابن عمر رضي الله عنه سمعته يقول: «لاَ خِذَابَةَ».

قال الشافعي: وينبغي للمسلمين أن لا يخلبوا، والخلابة: الخديعة. وجعل النبي ﷺ في الْمُصَرَّاةِ الخيار ثَلاَثاً[2]: فكانت الدلالة في ذلك من وجهين:

أحدهما: أنّ حبّان كان أحوج الناس إلى الزيادة في الخيار لمكانه من ضعف النظر وحاجته إلى استدراك الخديعة، فلما لم يزد بالشرط على الثلاث دلّ على أنّها غاية الحدّ في العقد.

والثاني: أنّه حدّه بالثلاث، والحدّ يفيد المنع إما من المجاوزة أو من النقصان، فلما جاز النقصان من الثلاث، علم أنه حدٌّ للمنع من مجاوزة الثلاث. ولأن الخيار يمنع من التصرف وموجب العقد جواز التصرف، والشرط إذا كان منافياً لموجب العقد أبطله، كما لو باعه بشرط أن لا يتصرّف فيه ببيع ولا غيره. وتحرير ذلك قياساً: أنّه معنى يمنع مقصود العقد، فوجب أن يفسد به العقد مع استغنائه عنه، أصله إذا باعه بشرط أن لا يبيعه، ولا يدخل عليه خيار الثلاث لأنه لا يستغنى عنه.

ولأنّ الخيار غرر والعقد يمنع من كثير الغرر ولا يمنع من قليله كعقد الرؤية لما كان غرراً جُوِّزَ في توابع البيع ولم يُجَوَّزْ في جميعه، والثلاث في حدّ القلّة، وما زاد عليها في حدّ الكثرة بدليل قوله تعالى في قصة ثمود ﴿فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ﴾ [هود: ٦٤] ثم بيّن القريب فقال تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] فثبت أن الثلاث في حدّ القلّة، فجاز اشتراط الخيار بها في العقد لقلّة غررها، ولم يجز فيما زاد عليها لكثرة غررها.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم» فقد استثنى منه «إِلاَّ شَرْطاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث فالمعنى فيها قِلَّةُ الغرر بها على أَنَّ الثلاث

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يكره في الخداع في البيوع (٢١١٧) ومسلم في البيوع، باب من يخدع في البيع (١٥٣٣).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع، باب حكم بيع المصراة (١٥٢٤) والترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في المعراة (١٢٥٢) والنسائي في البيوع، باب النهي عن المصراة (٤٤٨٩).

رخصة مستثناة من جملة محظورة، فلم يجز القياس عليها.

وأما الجواب عن قياسهم على الأجل: فالمعنى فيه أنّ تأجيل الثمن لا يمنع مقصود العقد، لأن مقصوده طلب الفضل فيه بتوفير الثمن، وهذا موجود في زيادة الأجل، وليس كذلك الخيار، لأنّه يمنع مقصود العقد من جواز التصرّف في الثمن والمثمن.

وأما الجواب عن استدلالهم بخيار المجلس فالمعنى فيه أنه من موجبات العقد، فجازت فيه الجهالة، وخيار الثلاث من موجبات الشرط فلم تجز فيه الجهالة، كالقبض إذا كان مستحقاً بالعقد جاز أن يكون مجهول الوقت، وإذا كان مستحقاً بالشرط لم يجز أن يكون مجهول الوقت.

فصل

فإذا تقرر أنّ خيار ما زاد على الثلاث لا يصح. فمتى عقد البيع بشرط خيار يزيد على الثلاث أو خيار مجهول، كان البيع فاسداً، سواء أبطلا الزيادة على الثلاث في مدّة الثلاث أم لا.

وقال أبو حنيفة: إن اتفقا على إبطال ما زاد على الثلاث قبل تقضّي الثلاث، صح البيع. وإن لم يبطلاه حتى مضت الثلاث، فسد حينئذ البيع. استدلالاً بأن الشرط في مدّة الخيار بعد العقد في حكم الشرط حال العقد، ألا ترى أنهما لو زادا في الثمن أو نقصا منه في مدّة الخيار، أو زادا في الأجل أو نقصا منه، لزم ما اشترطاه من الزيادة والنقصان بعد العقد، كما يلزم لو شرطاه حال العقد، فلما ثبت أنّهما لو شرطا حال العقد إبطال ما زاد على الثلاث، صح العقد، وجب إذا اشترطا بعد العقد إبطال ما زاد على الثلاث أن يصح العقد.

ودليلنا: نَهْيُهُ ﷺ عَن بَيْعِ الْغَرَر والنهي يقتضي فساد المنهي عنه؛ ولأنّه عقد فاسد، فوجب أن لا يلحقه الصحة قياساً على بيع الدرهم بالدرهمين؛ ولأنّه عقد شرط فيه خيار فاسد، فوجب أن يفسده، أصله: إذا لم يبطلاه حتى مضت الثلاث؛ ولأن كلّما أبطل العقد إذا لم يتفقا على تصحيحه بعد العقد، أبطله وإن اتفقا على تصحيحه بعد العقد كالثمن المجهول. ولأنّه شرط ينافي صحة العقد، فوجب أن يبطل به العقد كالأجل المجهول. ولأنّ الخيار في مقابلة جزء من الثمن، ألا ترى أن الثمن في العرف يزيد بزيادته وينقص بنقصانه، فإذا بطل خيار ما زاد على الثلاث، سقط من الثمن ما قابله، فصار باقي الثمن مجهولاً، والبيع يبطل بالثمن المجهول فكذلك بما أوجبه من الخيار الفاسد.

فإن قيل: هذا الاستدلال يفسد بخيار الثلاث إذا شرطا إسقاطه بعد العقد، لأنه قد أسقط من الثمن ما قابله، فأفضى إلى جهالة في باقيه ولم يفسد البيع:

قيل: هذا لا يلزم، لأن الجهالة صارت في الثمن لمعنى حادث بعد العقد، فلم يقدح في صحة العقد، وهناك لمعنى قارن العقد، فقدح في صحة العقد، ألا ترى أنه إذا وجد بالمبيع عيباً فأخذ أرشه صار الثمن مجهولاً ولم يفسد العقد، لأنه لمعنى حادث بعد العقد، ولو قال: قد بعتكه بمائة درهم إلا أرش عيبه فسد العقد، لأنها جهالة بمعنى قارن العقد.

فأما الجواب عن استدلاله بعد فساده بالأجل المجهول: فهو أن العقد إذا زيد في ثمنه أو نقص منه فقد كان وقع صحيحاً وفي هذا الموضع وقع فاسداً، فلم يصح بعد فساده.

فصل

فإذا ثبت أن خيار الثلاث جائز، فإنّ الزيادة على الثلاث فاسدة، والبيع معها فاسد.

فلا بأس باشتراط الثلاث للبائع والمشتري، فلا يجوز للبائع التصرّف فيما قبضه من الثمن، لثبوت الخيار للمشتري، ولا يجوز للمشتري التصرّف فيما قبضه من المبيع، لثبوت الخيار للبائع. ويجوز أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع دون المشتري، فلا يتصرّف المشتري في المبيع، لثبوت الخيار، ويجوز للبائع أن يتصرّف في الثمن، لأنّه لا خيار عليه للمشتري، ويكون تصرّفه في الثمن اختياراً للإمضاء. ويجوز أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للمشتري دون البائع، فلا يتصرّف البائع في الثمن، لثبوت الخيار للمشتري، ويجوز للمشتري أن يتصرّف في المبيع، لأنّه لا خيار عليه للبائع وهل يكون تصرّفه في المبيع اختياراً للإمضاء؟

على وجهين ذكرناهما في وقته، وفرّقنا بين تصرّف البائع وتصرّف المشتري بما مضى.

فصل

وإذا جاز اشتراط خيار الثلاث، جاز اشتراط خيار ما دون الثلاث، فيجوز أن يشترطا خيار يوم، ويجوز أن يشترطا خيار يومين، ويجوز أن يشترط أحدهما خيار يوم والآخر خيار يومين، أو أحدهما خيار ثلاث والآخر خيار يوم.

فلو تبايعا بغير خيار، فقبل افتراقهما شرطاً في العقد خيار يوم، ثبت لهما خيار اليوم، فلو افترقا ثم اجتمعا قبل تقضّيه، فزادا في الخيار يوماً آخر، ثبت الخيار في اليوم الثاني، فإن اجتمعا في اليوم الثاني، فزاد فيه يوماً ثالثاً، ثبت الخيار لهما فيه، فإن اجتمعا قبل

تقضي الثالث، فزاد فيه يوماً رابعاً، بطل البيع، لأنّهما لو شرطا ذلك في العقد، بطل، فكذلك إذا ألحقاه بالعقد في مدّة الخيار يجب أن يبطل. فلو أنهما أسقطا اليوم الرابع، لم يصح العقد، لفساد باشتراطه.

فصل

وإذا تبايعا نهاراً وشرطا الخيار إلى الليل، ينقضي الخيار بغروب الشمس.

ولو تبايعا ليلاً بشرط الخيار إلى طلوع الفجر، يقضي الخيار بطلوع الفجر، ولا تكون الغاية داخلةً في شرط الخيار. وقال أبو حنيفة: تدخل الغاية في شرط الخيار، فإذا شرطا في بيع النهار الخيار إلى الليل، دخل الليل في الخيار. وإذا تبايعا ليلاً بشرط الخيار إلى النهار، دخل النهار في الخيار.

ودليلنا: هو أن أهل اللغة مجمعون على أن «من» لابتداء الغاية و«إلى» لانتهاء الغاية، ألا ترى أنهم لو قالوا: سافرت من البصرة إلى الكوفة: دلّوا بذلك على أنّ البصرة ابتداء سفرهم والكوفة غاية سفرهم، فاقتضى أن تكون الغاية خارجة من الحكم، لأنّها حدّ، والحدّ لا يدخل في المحدود، فعلى هذا لو قال: له عليّ من درهم إلى عشرة كان مُقِرّا بتسعة، لأن العاشر غاية. ولو قال لزوجته: أنت طالب من واحدة إلى ثلاث، طلقت طلقتين، لأنهُ جعل الثالثة غاية.

فصل

فإذا اجتمع في العقد خياران: خيار شرع، وخيار شرط. فخيار الشرع، مقدّر باجتماع الأبدان، وخيار الشرط، مقدّر بما شرطا من الزمان. فلو كان خيار الشرط ثلاثاً، فلأصحابنا في ابتدائها وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا: أنّ ابتداءها من بعد انقطاع خيار المجلس، إما بالتفرّق أو التخاير، ولا يدخل أحد الخيارين في الآخر، لأنّ خيار المجلس مستفاد بالشرع وخيار الثلاث مستفاد بالشرط، وإذا كان موجبهما مختلفاً، تميزا ولم يتداخلا.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي: أن ابتداء خيار الثلاث من وقت العقد، ويكون خيار المجلس داخلاً فيه، لأنّه لو اعتبر ابتداؤه من بعد خيار المجلس، لأفضى إلى الجهالة في ابتدائه وانتهائه بجهالة خيار المجلس، وإذا كان خيار الشرط مجهولاً، لم يجز، فاعتبر ابتداؤه من حين العقد فيكون معلوماً، فيجوز.

فعلى هذا إن تفرّقا قبل مضي الثلاث ثبت خيار الثلاث، ولم يكن لخيار المجلس تأثير، وإن لم يتفرقا حتى مضت الثلاث، ثبت خيار المجلس، ولم يكن لخيار الثلاث تأثير.

فصل

فإذا كان زمان الخيار باقياً، فلكلّ واحد من المتعاقدين فسخ العقد من غير حضور صاحبه، وبه قال مالك وإليه رجع أبو يوسف. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز لواحد منهما فسخ البيع إلاّ بحضور صاحبه استدلالاً بأنه فسخ عقد، فلم يصح إلا بحضور من يجب عليه الردّ كالإقالة. ولأن الفسخ يوجب انتقال الملك، كما أنّ العقد يوجب انتقال الملك، فلما كان العقد لا يصح إلاّ بهما، وجب أن يكون الفسخ لا يصح إلاّ بحضورهما.

ودليلنا: ما روي أنّ رسول الله ﷺ جعل لحبّان الخيار ثلاثاً وقال: «قُلْ: لاَ خلاَبَةَ فِي الإِسْلاَمِ» ولم يشترط في خياره حضور صاحبه، فدلّ على استواء حكمه. ولأنه اختيار فسخ البيع في مدّة خياره، فوجب أن ينفسخ، أصله إذا كان بحضور صاحبه. ولأنّه معنى يقطع الخيار، فوجب إذا لم يكن من شرطه رضا المتعاقدين أن لا يفتقر إلى حضورهما. أصله إجازة البيع. ولأنّ كلّما كان فسخاً بحضور المتعاقدين، كان فسخاً بغيبة أحدهما كوطء البائع وقُبْلَتِهِ للجارية المبيعة. ولأن كل من لم يفتقر رفع العقد إلى رضاه، لم يفتقر رفع العقد إلى حضوره، كالزوج في طلاق امرأته طرداً والإقالة عكساً.

وفيه انفصال عن الاستدلالين: لأنه لما افتقر العقد والإقالة إلى رضاهما، افتقر إلى حضورهما، ولما لم يفتقر الفسخ إلى رضاهما، لم يفتقر إلى حضورهما.

فصل

إذا وكّل رجل رجلاً في بيع شيء أو ابتياع شيء، فهل يجوز للرجل أن يشترط في عقد البيع خيار الثلاث من غير إذن المُوَكِّل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يتشرط خيار الثلاث إلا بإذن من الموكّل صريح، لأن الخيار لا يتناوله العقد إلا بشرط، فلم تتضمنه الوكالة إلا بإذن كالأجل.

والوجه الثاني: يجوز له اشتراط خيار الثلاث من غير إذن الموكّل، لأن الخيار زيادة نظر وطلب حظ بخلاف الأجل.

وإذا كان كذلك، وشرط الوكيل في عقد البيع خيار الثلاث، فهو ثابت للوكيل والموكل، أما الوكيل، فلأجل عقده، وأما الموكل، فلحق ملكه. وإذا كان الخيار لهما،

فأيّهما سبق صاحبه إلى قطع الخيار بفسخ أو إجازة، صح، لأن كل واحد منهما قائم مقام صاحبه، فإن سبق الوكيل إلى ذلك ولم يرض به الموكل لزمه، وكذا لو سبق الموكل من غير علم الوكيل صح. والله أعلم.

فصل

إذا باع سلعة على أن يكون خيار الثلاث فيها لزيد. قال الشافعي في كتاب الصرف: جاز، وكان الخيار لزيد، ولم يكن للبائع فيه خيار، ومنع منه في موضع آخر. فاختلف أصحابنا في هذا الشرط على ثلاثة مذاهب:

أحدها: حمل الجواب على ظاهر نصّه الأول، ويصح الشرط، ويكون الخيار لزيد المسمى دون البائع، لأن العقد يمنع اشتراط الخيار، ومستحق الخيار موقوف على قول من شرط الخيار.

والثاني: أن هذا الشرط فاسد، ولا يجوز أن يستحق الخيار في البيع إلا من عقده أو عُقِدَ له، وليس زيد المسمّى في استحقاق الخيار له عاقِداً ولا معقوداً له، فلم يجز أن يثبت له في العقد خيار.

والثالث: إن جعل الخيار لزيد على طريق التوكيل له في النظر عن البائع، صح، وثبت الخيار لزيد المسمّى وللبائع معاً، وكان زيد وكيلاً للبائع، فأيْهما اختار الفسخ أو الإمضاء لزم: الوكيل أو الموكل. فإن جعل له الخيار ملكاً له دون البائع، أو أطلق الشرط، لم يجز وكان باطلاً. وتعليل هذا المذهب مشترك من تعليل المذهبين الأولين وهو أظهر المذاهب الثلاثة ولأنه لا يجوز أن يثبت الخيار لوكيله دونه.

فإذا قيل: بصحة هذا الشرط على التفصيل المذكور، صح البيع وثبت فيه الشرط. فإذا قيل: بفساد هذا الشرط، فالصحيح أن البيع يفسد بفساده، ويكون العقد بهذا الشرط باطلاً لمنافاته. وفيه وجه آخر محكي عن أبي العبّاس بن سريج: أن الشرط فاسد والبيع صحيح.

وفيما يتناوله الفساد من الشرط وجهان: **أحدهما**: جملة الخيار، فيصير البيع لازماً ولا خيار فيه. **والثاني**: أن الفساد إنما توجه إلى اشتراط الخيار لزيد المسمّى، ويكون الخيار ثابتاً للبائع. والله أعلم.

فصل

فإذا قال: بعتك هذه السلعة على استئمار زيد:

قال الشافعي في كتاب الصرف: لم يكن له الردّ إلا أن يقول قد استأمرت زيداً فأذن لي في الردّ. فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين: **أحدهما**: أن هذا الشرط لازم. والجواب فيه على ظاهره وليس له أن يردّ إلا بعد استئمار زيد وإذنه لأجل شرطه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق وكافة البصريين: أنّ هذا الشرط ليس بلازم، وله الردّ في مدّة الخيار، سواء استأمر زيداً أم لم يستأمره، لأن استحقاق الخيار يمنع من أن يكون ممنوعاً من الخيار.

فمن قال بهذا لهم عن جواب الشافعي: لم يكن له الردّ إلا بعد استئماره، تأويلان:

أحدهما: يريد به ليس له إذا ردَّ أن يقول: قد أذن لي في الردّ، إلا بعد استئماره لئلا يكون كذباً، فكان هذا النهي منه عن الكذب لا عن الردّ.

والتأويل الثاني: أنه عنى الاحتياط إذا كان زيد أعرف، فيكون معنى قوله: لم يكن له الردّ إلا بعد استئماره: أي لم يكن الحظ في الردّ إلا بعد استئماره، وإن لم يكن ذلك مانعاً من استحقاق الردّ والله أعلم بالصواب.

باب الربا وَمَا لاَ يَجُوز بَعْضُهُ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلاً وَلاَ مُؤَجَّلاً وَالصَّرْفِ

سَمِعْتُ الْمُزَنِيَّ يَقُولُ (قَالَ الشَّافِعِيّ) أَخْبَرَنِي عَبْدُ الْوَهَّابِ بْنُ عَبْدِ الْمَجِيدِ الثَّقَفِيُّ عَنْ أَيُّوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ يَسَارٍ وَرَجُلٌ آخَرُ عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الوَرِقَ بالوَرِقِ وَلاَ الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ وَلاَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ وَلاَ الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ عَيْناً بِعَيْنٍ يَداً بِيَدٍ وَلَكِنْ بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ وَالْوَرِقِ بالذَّهَبِ وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ وَالشَّعِيرَ بِالْبُرِّ وَالتَّمْرِ بِالْمِلْحِ وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ يَداً بِيَدٍ كَيْفَ شِئْتُمْ» (قَالَ) وَنَقَصَ أَحَدُهُمَا التَّمْرَ وَالْمِلْحَ وَزَادَ الآخَرُ فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى[1] (قال الشافعي) وَهُوَ مُوَافِقٌ للأَحَادِيثِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الصَّرْفِ وَبِهِ قُلْنَا».

قال الماوردي: الأصل في تحريم الربا الكتاب والسنة ثم الإجماع. فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ﴾ [آل عمران: ١٣٠].

معنى قوله: «أضعافاً» مضاعفاً، أي: أضعاف الحق الذي دفعتم، لأن أهل الجاهلية كان الواحد منهم إذا حل دينه قال لغريمه إما أن تعطي أو تربي، فإن أعطاه وإلا أضعف عليه الحق وأضعف له الأجل ثم يفعل كذلك إذا حل حتى يصير الحق أضعافاً مضاعفة،

(١) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/١٥٧).

فحظر الله تعالى ذلك لما فيه من الفساد، ثم أكد الزجر عليه بقوله: ﴿وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ ۝١٣١﴾ [آل عمران: ١٣١]؛ فأخبر أن نار أكل الربا كنار الكافر.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥] - يعني لا يقومون يوم القيامة من قبورهم إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان في الدنيا من المس. يعني: الجنون.

ثم قال تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ وهذه الآية نزلت في ثقيف وذلك أنهم كانوا أكثر العرب ربا فلما نزل تحريم الربا قالوا كيف يحرم الربا وإنما البيع مثل الربا، فرد الله تعالى عليهم قولهم وأبطل جمعهم. ثم قال: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ﴾ يعني القرآن ﴿فَانْتَهَى﴾ ﴿فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ يعني ما أكل من الربا. وقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ۝٢٧٨﴾ [البقرة: ٢٧٨] يعني ما لم يقبض من الربا إذا أسلموا عليه تركوه، وما قبضوه قبل الإسلام لم يلزمهم أن يردوه. ثم توعد على ذلك لتوكيد الزجر فقال: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ يعني ما دفعتموه ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، بأن تمنعوا ﴿رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ ثم قال تيسيراً على خلقه. ﴿وَإِنْ كَانَ﴾ - من قد أربيتموه - ﴿ذُو عُسْرَةٍ﴾ برأس المال ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] يعني إلى وقت اليسار. وهذه آخر آية نزلت من القرآن على ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: آخِرُ مَا نَزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ آيَةُ الرِّبَا فَإِنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ قبِضَ قَبْلَ أَنْ يُفَسِّرَهَا فَدَعُوا الرِّبَا وَالرِّيبة.

وأما السنة فما روي عن عبد الرحمٰن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُؤْكِلَهُ وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ[1].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة الوداع: ألاَ وإِنَّ كُلَّ رِبا مِنْ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ لَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُون. فأَوَّلُ رِباً أَضَعُهُ رِبَا عَمِّي الْعَبَّاسِ، أَلاَ وَإِنَّ كُلَّ دَمٍ مِنْ دَمِ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلُ دَم أَضَعُهُ دَمُ الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ[2]. ثم قد أجمع المسلمون على تحريم الربا وإن اختلفوا في فروعه وكيفية تحريمه حتى قيل إن الله

(١) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في آكل الربا (١٢٠٦)، وأبو داود في البيوع، باب في آكل الربا ومؤكله (٣٣٣٣) وابن ماجه في التجارات، باب التغليظ في الربا (٢٢٧٧).

(٢) أخرجه مسلم في الحج، باب حجة النبي (١٢١٨) والترمذي في تفسير القرآن عن رسول الله، باب ومن سورة التوبة (٣٠٨٧) وأبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي (١٩٠٥).

تعالى ما أحل الزنا ولا الربا في شريعة قط، وهو معنى قوله: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١] يعني: في الكتب السالفة.

فصل

فإذا ثبت تحريم الربا بما ذكرنا من الكتاب والسنة والإجماع فقد اختلف أصحابنا فيما جاء به الكتاب من تحريم الربا على وجهين:

أحدهما: أنه مجمل فسرته السنة. وإن ما جاءت به سنة رسول الله ﷺ فإنما هو تفسير لما تضمنه مجمل كتاب الله عز وجل من الربا نقداً أو نساء.

والوجه الثاني: أن تحريم الربا من كتاب الله تعالى إنما يتناول معهود الجاهلية من الربا في النساء وطلب الفضل بزيادة الإجل ثم وردت سنة رسول الله ﷺ بزيادة الربا في النقد فاقترنت بما تضمنه التنزيل، وإلى هذا كان يذهب أبو حامد المروزي.

فصل

فإذا تقرر أن الربا حرام فلا فرق في تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب. فكل عقد كان رباً حراماً بين مسلمين في دار الإسلام، كان رباً حراماً بين مسلم وحربي في دار الحرب سواء دخل المسلم إليها بأمان أو بغير أمان.

وقال أبو حنيفة: لا يحرم الربا على المسلم من الحربي في دار الحرب سواء دخل بأمان أو بغير أمان. احتجاجاً بحديث مكحول أنَّ النَّبيَّ ﷺ قَالَ: لاَ رِباً بَيْنَ مُسْلِمٍ وَحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ[1]، ولأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فكان أولى أن يستبيحها بعقد. والدلالة على أن الربا في دار الحرب حرام كتحريمه في دار الإسلام، عموم ما ذكرنا من الكتاب والسنة. ثم من طريق المعنى والعبرة: أن كل ما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي ولأن كل عقد حرم بين المسلم والذمي، حرم بين المسلم والحربي كدار الإسلام، ولأنه عقد فاسد فوجب ألا يستباح به المعقود عليه كالنكاح.

فأما احتجاجه بحديث مكحول فهو مرسل والمراسيل عندنا ليست حجة. فلو سلم لهم لكان قوله ﷺ «لاَ رِباً» يحتمل أن يكون نفياً لتحريم الربا ويحتمل أن يكون نفياً لجواز الربا فلم يكن لهم جملة على نفي التحريم إلا ولنا حمله على نفي الجواز ثم حملنا أولى

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٤٤).

لمعاضدة العموم له، وأما احتجاجه بأن أموالهم يجوز استباحتها بغير عقد فكان أولى أن تستباح بعقد فلا نسلم إذا كانت المسألة مفروضة في دخوله إليهم بأمان لأن أموالهم لا تستباح بغير عقد فكذا لا يستبيحها بعقد فاسد. ولو فرضت المسألة مع ارتفاع الأمان لما صح الاستدلال من وجه آخر وهو أن الحربي إذا دخل دار الإسلام جاز استباحة ماله بغير عقد ولا يجوز استباحته بعقد فاسد.

ثم نقول: ليس كل ما استبيح منهم بغير عقد جاز أن يستباح منهم بالعقد الفاسد. ألا ترى أن الفروج يجوز استباحتها منهم بالفيء من غير عقد ولا يجوز استباحتها بعقد فاسد، فكذا الأموال وإن جاز أن تستباح منهم بغير عقد لم يجز أن تستباح بالعقد الفاسد. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَبِهَا تَركنَا قَوْلَ مَنْ رَوَى عَنْ أُسَامَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النسيئة»[1] لأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَكُلُّ ذَلِكَ مُفَسَّرٌ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الرِّبَا أَفِي صِنْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ذَهَبَ بِوَرِقٍ أَمْ تَمْرٍ بِحِنْطَةٍ؟ فَقَالَ: «الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ» فَحَفَظَهُ فَأَدَّى قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ولَمْ يُؤَدِّ الْمَسْأَلَة».

قال الماوردي: وهذا صحيح. والربا ضربان: نقد، ونساء. وأما النساء: فهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل وهو المعود من ربا الجاهلية والذي قد أجمع على تحريمه جميع الأئمة. وأما النقد: فهو بيع الدرهم بالدرهمين يداً بيد، فمذهب جمهور الصحابة وكافة الفقهاء تحريم ذلك كالنساء، وذهب خمسة من الصحابة إلى إحلاله وإباحته وهم: عبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبير، وأسامة بن زيد، وزيد بن أرقم والبراء بن عازب تعلقاً بخبرين:

أحدهما: ما استدل به ابن عباس أن أسامة بن زيد روى عنه النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئة». فلما أثبت الرِّبَا فِي النَّسِيئة دلَّ على انتفاء الربا في النقد.

والثاني: ما رواه عمرو بن دينار عن أبي المنهال قال: باع شريك لي دراهم بدراهم بالكوفة وبينهما فضل. فقلت: ما أراه يصلح هذا فقال: لقد بعتها في السوق فما عاب علي ذلك أحد، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ وَتِجَارَتُنَا كَذَا فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مَا كَانَ يَداً بِيَد فَلاَ بأْسَ بِهِ وَمَا كَانَ نَسِئَةً فَلاَ خَيْرَ فِيهِ. وَأَتَيْتُ زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل (١٥٩٦) والنسائي في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة (٤٥٨١) وابن ماجه في التجارات، باب من قال لا ربا إلا في النسئة (٢٢٥٧).

فَإِنَّهُ كَانَ أَعْظَمَ تِجَارَةً مِنَّا، فَأَتَيْتُهُ فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ لِي مِثْلَ ذَلِكَ[١] وهذا نص.

والدلالة على تحريم ذلك أربعة أحاديث: **أحدها**: حديث عبادة بن الصامت المقدم ذكره في صدر الباب. وقوله: «إلا سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَداً بِيَد».

والثاني: حديث أبي المتوكل عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ سَوَاءً بِسَوَاءٍ فَمَنْ زَادَ واسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبى. الآخِذُ وَالْمُعْطِي سَوَاءٌ».

والثالث: حديث مالك بن عامر عن عثمان أن النبي ﷺ قال: «لاَ تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْن وَلاَ الدِّرهَمُ بِالدِّرْهَمَيْن»[٢].

والرابع: حديث سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ والدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ لاَ فَضْلَ بَيْنَهُمَا»[٣].

وأما حديث أسامة وقوله «إنما الربا في النسيئة» ففيه جوابان: **أحدهما**: وهو جواب الشافعي: أنه جواب من النبي ﷺ لسائل سأله عن التفاضل في جنسين مختلفين فقال: إنما الربا في النسيئة فنقل أسامة جواب النبي ﷺ وأغفل سؤال السائل. **والثاني**: أنه محمول على الجنس الواحد يجوز التماثل فيه نقداً ولا يجوز نسيئة.

على أن ابن عباس المستدل بحديث أسامة رجع عن مذهبه حين لقيه أبو سعيد الخدري وقال له: يا ابن عباس إلى متى تأكل الربا وتطعمه الناس وروى له حديثه عن النبي ﷺ. فقال ابن عباس: يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ هَذَا رباً كَانَ مِنِّي وَإِنِّي أَسْتَغْفِرُ اللَّهَ وَأَتُوبُ إِلَيْهِ.

وأما حديث أبي المنهال عن البراء بن عازب وزيد بن أرقم فمنسوخ؛ لأنه مروى عن أول الهجرة وتحريم الربا متأخر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رِباً إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ» يُعْطِي بِيَدٍ وَيَأْخُذُ بِأُخْرَى فَيَكُونُ الأَخْذُ مَعَ الإِعْطَاءِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَتَفَرَّقَ الْمُتَبَايِعَانِ مِنْ مَكَانِهِمَا حَتَّى يَتَقَابَضَا فَلَمَّا قَالَ ذَلِكَ عُمَرُ لِمَالِكِ بْنِ أَوْسٍ لاَ تُفَارِقْهُ حَتَّى

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب التجارة في البز (٢٠٦١) ومسلم في المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً (١٥٨٩).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الربا (١٥٨٥) ومالك في البيوع، باب عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال.

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٥٨٨) والنسائي في البيوع، باب بيع الدينار بالدينار (٤٥٦٧) وأحمد في «**مسنده**» (٨٧١٤).

تُعْطِيَهُ وَرِقَةً أَوْ تَرُدَّ إِلَيْهِ ذَهَبَهُ[١] وَهُوَ رَاوِي الْحَدِيثِ دَلَّ عَلَى أَنَّ مُخَرَّج «هَاءَ وَهَاءَ» تَقَابُضُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. كل شيئين ثبت فيهما الربا بعلة واحدة لم يصح دخول الأجل في العقد عليهما ولا الافتراق قبل تقابضهما. سواء كانا من جنس واحد كالبر بالبر أو من جنسين كالشعير بالبر حتى يتقابضا قبل الافتراق في الصرف وغيره. وقال أبو حنيفة في الذهب والورق كقولنا لا يصح فيهما العقد إلا بالقبض قبل الافتراق ولا يثبت فيهما الأجل ولا خيار الشرط.

وأجاز فيما سوى الذهب والورق تأخير القبضِ وخيار الشرط وإن لم يدخل فيه الأجل. استدلالاً بأنه عقد لم يتضمن صرفاً فلم يكن التقابض فيه قبل الافتراق شرطاً كالثياب بالثياب.

قال: ولأن القبض يراد لتعيين ما تضمنه العقد فلما كان الذهب والورق لا يتعين بالعقد لزم فيه تعجيل القبض ليصير المعقود عليه معيناً، ولما كان ما سوى الذهب والورق من البر والشعير وغيرهما يتعين بالعقد لم يلزم فيه تعجيل القبض؛ لأن المعقود عليه قد صار معيناً.

والدلالة عليه: حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، وَلاَ الْبُرَّ بِالْبُرِّ، وَلاَ الشَّعِير بالشَّعيرِ، وَلاَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلاَ الْمِلْحَ بِالمِلْحِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَواءٍ، عَيْنَاً بِعَيْنٍ، يَداً بِيَدٍ، وَلَكِنْ بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرَقِ، وَالوَرِقَ بِالذَّهَبِ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ، والشَّعيرَ بِالْبُرِّ، وَالتَّمْرَ بِالْمِلْحِ، وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ يَدَاً بِيَد كَيْفَ شِئْتُمْ». فشرط في بيع ذلك كله تعجيل القبض بقوله إلاَّ يَدَاً بِيَدٍ. فإن قيل: فقوله يَدَاً بِيَدٍ نَفْياً لدخول الأجل فيه وأن يكون العقد عليه بالنقد وليس بشرط في تعجيل القبض. قيل يبطل هذا التأويل بثلاثة أشياء.

أحدها: أنه جمع في الخبر بين الذهب والورق وبين البر والشعير فلما كان قوله «إلاَّ يَدَاً بِيَدٍ» محمولا في الذهب والورق على تعجيل القبض وجب أن يكون في البر والشعير مثله لأنها جملة معطوف عليها حكم.

والثاني: أن نفي الأجل مستفاد من هذا الحديث بقوله إلا عيناً بعين، لأن المؤجل لا

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٥٨٦) والترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في الصرف (١٢٤٣) وابن ماجه في التجارات، باب صرف الذهب بالورق (٢٢٦٠).

يكون عيناً إذ العين لا يدخل فيها الأجل وإنما يكون عيناً بدين. فوجب أن يكون قوله إلاَّ يَدَاً بِيَدٍ محمولاً على غير نفي الأجل وهو تعجيل القبض ليكون الخبر مقيداً لحكمين متغايرين، واختلاف اللفظين محمولاً على اختلاف معنيين.

والثالث: أن قوله إلاَّ يَداً بِيَدٍ مستعمل في اللغة على تعجيل القبض لأجل أن القبض يكون باليد وليس بمستعمل في نفي الأجل إلا على وجه المجاز فكان حمل الكلمة على حقيقتها في اللغة أولى من حملها على المجاز. ومما يدل على أصل هذه المسألة ونفي هذا التأويل أيضاً: ما استدل به الشافعي من حديث عمر رواه مالك عن ابن شهاب عن مالك ابن أوس عن عمر قال: قَالَ رسول الله ﷺ: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبَاً إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالْوَرِق بِالْوَرَقِ رِبَا إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِباً إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرِ رِباً إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِباً إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ.

قال الشافعي فاحتمل قوله: «إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ» معنيين: **أحدهما**: أن يعطي بيد ويأخذ بأخرى فيكون الأخذ مع الإعطاء، واحتمل ألا يتفرق المتبايعان عن مكانهما حتى يتقابضا، فلما رُوِيَ أَنَّ مَالِكَ بن أَوْسِ بْنِ الْحَدْثَانِ صَارَفَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ بِمَائَةِ دِينَارٍ بَاعَهَا عَلَيْهِ بِدَرَاهِم فَقَالَ طَلْحَةَ لِمَالِكٍ: حَتَّى يَأْتِي خَازِنِي مِنَ الْغَابَةِ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَسْمَعُ فَقَالَ عَمَرُ لِمَالِكٍ لاَ وَاللَّهِ لاَ تُفَارِقْهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ وَرِقَكَ أَوْ يَرُدَّ عَلَيْكَ ذَهَبَكَ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِباً إِلاَّ هَاءَ وهاءَ.

دل على أن المراد بهذا الحديث من المعنيين المحتملين التقابض قبل الافتراق لأمرين:

أحدهما: أن راوي الحديث إذا فسره على أحد معنيين كان محمولاً عليه. **والثاني**: أن في تكليف الناس الإعطاء بيد والأخذ بأخرى مشقة غالبة والشريعة موضوعة على التوسعة والسماحة فامتنع أن يكون هذا مراداً.

ثم الدليل على ذلك من طريق المعنى: أنه عقد معاوضة يمنع من ثبوت الأجل فوجب أن يمنع من التفرق قبل القبض كالصرف ولأن كل شرطاً معتبراً في عقد الصرف كان شرطاً معتبراً فيما دخله الربا من غير الصرف كالأجل. وأما الجواب عن قياسهم على بيع الثياب بالثياب فمنتقض بالسلم حيث لزم فيه القبض ثم المعنى في بيع الثياب بالثياب عدم الربا فيها فجاز تأخير قبضهما وما ثبت الربا فيه لم يجز تأخير قبضه كالصرف.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن القبض إنما يراد لتعيين ما تضمنه العقد والبر والشعير مما يتعين بالعقد فلم يفتقر إلى القبض فهو أن هذا يفسد ببيع الحلي بالحلي يلزم فيه تعجيل

القبض وإن كان متعيناً بالعقد. ثم لو سلم من هذا الكسر لكان عكس هذا الاعتبار أشبه بالأصول لأن السلم يتعين فيه الثمن ولا يتعين فيه المثمن، ثم يلزم فيه تعجيل قبض الثمن وإن كان معيناً ولا يلزم فيه تعجيل قبض الثمن وإن لم يكن معيناً فكان اعتبار هذا يوجب تعجيل القبض فيما كان معيناً، ولا يوجبه فيما ليس بمعين، ولما انعكس هذا الاعتبار عليه بطل أن يكون له دليل فيه.

فصل

فإذا ثبت أن القبض قبل الافتراق شرط في صحة العقود التي لا تدخلها الآجال ويلحقها الربا من صرف وغيره وأن حكم ما فيه الربا وإن لم يكن صرفاً كحكم ما فيه الربا إذا كان صرفاً فتصارف الرجلان مائة دينار بألف درهم وتقابضا الدراهم ولم يتقابضا الدنانير أو تقابضا الدنانير ولم يتقابضا الدراهم حتى تفارقا فلا صرف بينهما ولزم رد المقبوض منهما سواء علما فساد العقد بتأخير القبض أو جهلا.

فلو لم يتفرقا ولكن خير أحدهما صاحبه فاختار الإمضاء القائم مقام الافتراق قبل أن يتقابضا كان هذا التخير باطلاً ولم يبطل العقد لأن اختيار الإمضاء إنما يكون بعد تقضي علق العقد، وبقاء القبض يمنع من نقض علقه فمنع من اختيار إمضائه، فإن تقابضا بعد ذلك وقبل الافتراق صح العقد واستقر وكانا بالخيار ما لم يتفرقا أو يتخايرا. فلو وكل أحدهما في القبض له والإقباض عنه، فإن قبض الوكيل وأقبض قبل افتراق موكله والعاقد الآخر صح العقد، وإن أقبض بعد افتراقهما لم يجز وكان العقد باطلاً لافتراق المتعاقدين قبل القبض، فلو تقابض المتصارفان ما تصارفا عليه في مداد قبل الافتراق جاز ولم يلزم دفع جميعه مرة واحدة وإنما يلزم قبض جميعه قبل الافتراق وسواء طالت مدة اجتماعهما أو قصرت.

فلو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما تفارقنا عن قبض وقال الآخر بخلافه كان القول قول من أنكر القبض ويكون الصرف باطلاً. فإن قيل أليس لو اختلفا بعد الافتراق في الإمضاء والفسخ فقال أحدهما افترقنا عن فسخ وقال الآخر عن أمضاء كان القول في أحد الوجهين قول من ادعى الإمضاء والبيع لازم فهلا كان اختلافهما في القبض مثله. قيل الفرق بينهما أن مدعي الفسخ ينافي بدعواه مقتضى العقد لأن مقتضاه اللزوم والصحة إلا أن يتفقا على الفسخ فكان الظاهر موافقاً لقول من ادعى الإمضاء دون الفسخ وليس كذلك من ادعى القبض لأن الأصل عدم القبض على أن أصح الوجهين هناك أن القول قول مدعي الفسخ إذا تصارفا مائة دينار بألف درهم فتقابضا من المائة خمسين ديناراً ثم افترقا وقد بقي خمسون ديناراً كان الصرف في الخمسين الباقية باطلاً.

ومذهب الشافعي جوازه في الخمسين المقبوضة قولاً واحداً لسلامة العقد وحدوث الفساد فيما بعد: وكان أبو إسحاق المروزي يخرج الصرف في الخمسين المقبوضة على قولين من تفريق الصفقة. وليس هذا التخريج صحيحاً لأن القولين في العقد الواحد إذا جمع جائزاً وغير جائز في حال العقد.

وإذا صح الصرف في الخمسين المقبوضة فالمذهب أنها لازمة بنصف الثمن وهو خمسمائة درهم وليس للبائع ولا للمشتري خيار في الفسخ لأجل تفريق الصفقة لأن افتراقهما عن قبض البعض رضا منهما بإمضاء الصرف فيه وفسخه في باقيه. وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً ثانياً أنها مقبوضة بجميع الثمن. وكلا التخريجين فاسد والتعليل في فسادهما واحد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالرِّبَا مِن وَجْهَيْنِ. أَحَدِهِمَا فِي النَّقْدِ بِالزِّيَادَةِ وَفِي الْوَزْنِ وَالْكَيْلِ وَالآخَرِ يَكُونُ فِي الدَّيْنِ بِزِيَادَةِ الأَجَلِ».

قال الماوردي: لأصحابنا في هذا الكلام تأويلان. **أحدهما**: أنه أراد الرد على من أثبت الربا في النساء وأباه في النقد وقال: والربا من وجهين: **أحدهما**: النساء المتفق عليه. وهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل. **والثاني**: ما كان مختلفاً فيه وهو بيع الدرهم بالدرهمين نقداً فجعل كلا الوجهين ربا وقد مضى الكلام فيه مع من استدل بحديث أسامة فهذا أحد التأويلين.

والتأويل الثاني: أنه أراد أن الجنس الواحد قد يدخله الربا من وجهين:

أحدهما: التفاضل سواء كان نقداً أو نساء فلا يجوز بيع درهم بدرهمين عاجلاً ولا آجلاً.

والثاني: الآجل سواء كان متفاضلاً أو متماثلاً فلا يجوز بيع الفضة بالفضة نساء متفاضلاً ولا متماثلاً. فأما الجنسان المختلفان فلا يدخلهما الربا إلا من وجه واحد وهو الأجل. فأما التفاضل أو التماثل فيجوز فيهما: فإذا باع الفضة بالذهب أو البر بالشعير نقداً جاز سواء كان متفاضلاً أو متماثلاً وإن باعه إلى أجل لم يجز. سواء كان متماثلاً أو متفاضلاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنَّمَا حَرَّمْنَا غَيْرَ مَا سَمَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْمَأْكُولِ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا سَمَّى».

قال الماوردي: أما المنصوص عليه في الربا فستة أشياء وردت السنة بها وأجمع المسلمون عليها وهي: الذهب والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والملح. واختلف الناس

في ثبوت الربا فيما عداها. فحكي عن طاوس، وقتادة، ومسروق، والشعبي وعثمان البتي، وداود بن علي الظاهري.

ونفاة القياس بأسرهم أنه لا ربا فيما عدا الستة المنصوص عليها فلا يجوز التخطي عنها إلى ما سواها تمسكاً بالنص، ونفياً للقياس، واطراحاً للمعاني.

وذهب جمهور الفقهاء ومثبتوا القياس إلى أن الربا يتجاوز المنصوص عليه إلى ما كان في معناه. وهذه المسألة فرع على إثبات القياس والكلام فيها يلزم من وجهين: **أحدهما**: من جهة إثبات القياس، فإذا ثبت كونه حجة ثبت أن الربا يتجاوز ما ورد عليه النص من الأشياء الستة وهذا يأتي في موضعه من كتاب أدب القاضي إن شاء الله تعالى.

والثاني: من طريق الاستدلال الظاهر والدليل عليه من هذا الطريق ثلاثة أشياء:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. والربا اسم للزيادة والفضل من طريق اللغة والشرع. أما اللغة فكقولهم قد ربا السويق إذا زاد، وقد أربى عليّ في الكلام إذا زاد في السب، وهذه ربوة من الأرض إذا زادت على ما جاورها. وأما الشرع: فكقوله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]. أي يضاعفها ويزيد فيها وقوله: ﴿فَإِذَآ أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَآءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ [الحج: ٥]. أي زادت ونمت.

وإذا كان الربا ما ذكرنا اسماً للزيادة لغة وشرعاً ذل عموم الآية على تحريم الفضل والزيادة إلا ما خص بدليل.

والدلالة الثانية: ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ[1]. وَالطَّعَامُ اسْمٌ لِكُلِّ مَطْعُومٍ مِنْ بُرٍّ وَغَيْرِهِ في اللغة والشرع. أما اللغة فكقولهم طعمت الشيء أطعمه وأطعمت فلاناً كذا إذا كان الشيء مطعوماً وإن لم يكن براً.

وأما الشرع فلقوله تعالى ﴿كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ [آل عمران: ٩٣] يعني كل مطعوم فأطلق عليه اسم الطعام. وقوله: ﴿فَمَن شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّى وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩] فسمى الماء مطعوماً لأنه مما يطعم.

وقالت عائشة: عِشْنَا دَهْرَاً وَمَا لَنَا طَعَامٌ إِلاَّ الأَسْوَدَانِ التَّمْرُ وَالْمَاءُ[2]. وإذا كان اسم الطعام بما وصفنا من شواهد اللغة والشرع يتناول كل مطعوم من بر وغيره. كان نهيه عن بيع

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل (١٥٩٢) وأحمد في «مسنده» (٢٦٧٠٦).

(٢) أخرج نحوه البخاري في الرقاق، باب كيف كان عيش النبي وأصحابه وتخليهم من الدنيا (٦٤٥٨) ومسلم في الزهد والرقائق (٢٩٧٢).

الطعام بالطعام محمولاً على عمومه في كل مطعوم إلا ما خص بدليل. فإن قيل فهذا وإن كان عاماً فمخصوص ببيان النبي ﷺ الربا في الأجناس الستة. قيل: بيان بعض ما يتناوله العموم لا يكون تخصيصاً لأنه لا ينافيه، وإن شذ بعض أصحابنا فجعله تخصيصاً.

والدلالة الثالثة: أن النبي ﷺ نص عَلَى البُرِّ وَهُوَ أعلى المطعومات، وعلى الملح وهو أدنى المطعومات فكان ذلك منه تنبيهاً على أن ما بينهما لاحق بأحدهما. لأنه ينص تارة على الأعلى لينبه به على الأدنى كما قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ فنبه به على الأدنى. وينص تارة على الأدنى لينبه على الأعلى كما قال: ﴿ومنهم من إن تأمنه بدينار ولا يؤده إليك﴾ فنبه به على الأعلى فإذا ورد النص على الأعلى والأدنى كان أوكد تنبيهاً على ما بينهما وأقوى شاهداً في لحوقه بأحدهما. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَمْ يَجُزْ أَنْ نَقِيسَ الْوَزْنَ عَلَى الْوَزْنِ مِنَ الذَّهَبِ وَالوَرِقِ لأَنَّهُمَا غَيْرُ مَأْكُولَيْنِ وَمُبَايِنَانِ لِمَا سِوَاهُمَا وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ لاَ رِباً إِلاَّ فِي ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ أَوْ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ وَيُشْرَبُ (قَالَ) وَهَذَا صَحِيحٌ وَلَوْ قِسْنَا عَلَيْهِمَا الْوَزْنَ لَزِمَنَا أَنْ لاَ نُسَلِّمَ دِينَاراً فِي مَوْزُونٍ مِنْ طَعَامٍ كَمَا لاَ يَجُوزُ أَنْ نُسَلِّمَ دِينَاراً فِي مَوْزُونٍ مِنْ وَرِقٍ وَلاَ أَعَلَمُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ اخْتِلاَفاً أَنَّ الدِّينَارَ وَالدِّرْهَمَ يُسَلَّمَانِ فِي كُلِّ شَيْءٍ وَلاَ يُسَلَّمُ أَحَدُهُمَا فِي الآخَرِ غَيْرِ أَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ كَرِهَ أَنْ يُسَلِّمَ دِينارٌ أَوْ دِرْهَمٌ فِي فُلُوسٍ وَهُوَ عِنْدَنَا جَائِزٌ لأَنَّهُ لاَ زَكَاةَ فِيهَا وَلاَ فِي تبرها وَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِثَمَنٍ للأَشْيَاءِ الْمُتْلَفَةِ وَإِنَّمَا أَنْظُرُ فِي التِّبْرِ إِلى أَصْلِهِ وَالنُّحَاسِ مِمَّا لاَ رِباً فِيهِ وَقَدْ أَجَازَ عَدَدٌ مِنْهُمْ إِبْرَاهِيمُ النَّخعِيُّ السَّلَفُ فِي الْفُلُوسِ وَكَيْفَ يَكُونُ مَضْرُوبُ الذَّهَبِ دَنَانِيرَ وَمَضْرُوبُ الْوَرِقِ دَرَاهِمَ فِي مَعْنَى الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ غَيْرَ مَضْرُوبَيْنِ وَلاَ يَكُونُ مَضْرُوبُ النُّحَاسِ فُلُوساً فِي مَعْنَى النُّحَاسِ غَيْرَ مَضْرُوب».

قال الماوردي: إذا ثبت أن الربا يتجاوز المنصوص عليه لمعنى فيه، وعلته مستنبطة منه. فالعلة في الذهب والفضة غير العلة في البر والشعير والتمر والملح. فأما العلة في البر والشعير فقد اختلف أصحاب المعاني فيها على مذاهب شتى. **أحدهما**: مذهب محمد بن سيرين أن علة الربا الجنس فأجرى الربا في جميع الأجناس ومنع التفاضل فيه حتى التراب بالتراب.

والمذهب الثاني: وهو مذهب الحسن البصري أن علة الربا المنفعة في الجنس فيجوز بيع ثوب قيمته دينار بثوبين قيمتهما دينار ومنع من بيع ثوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران.

والثالث: وهو مذهب سعيد بن جبير أن علة الربا تقارب المنافع في الأجناس فمنع من التفاضل في الحنطة بالشعير لتقارب منافعهما، ومن التفاضل في الباقلاء بالحمص وفي الدخن بالذرة لأن المنفعة فيهما متقاربة.

والرابع: وهو مذهب ربيعة أن علة الربا جنس يجب فيه الزكاة فأثبت الربا في كل جنس وجبت فيه الزكاة من المواشي والزروع ونفاه عما لا تجب فيه الزكاة.

والخامس: وهو مذهب مالك أنه مقتات مدخر جنس فأثيبت الربا فيما كان قوتاً مدخراً ونفاه عما لم يكن مقتاتاً كالفواكه وعما كان مقتاتاً ولم يكن مدخراً كاللحم.

والسادس: وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن علة الربا في البر أنه مكيل جنس فأثبت الربا في كل ما كان مكيلاً وإن لم يكن مأكولاً كالجص، والنورة، ونفاه عما كان غير مكيل ولا موزون وإن كان مأكولاً كالرمان والسفرجل.

والسابع: وهو مذهب سعيد بن المسيب وبه قال الشافعي في القديم أنه مأكول مكيل أو موزون جنس. ومن أصحابنا من عبر عن هذه العلة بأحصر من هذه العبارة فقال: مطعوم مقدر جنس. فعلى هذا القول ثبت الربا فيما كان مأكولاً أو مشروباً مكيلاً أو موزوناً وينتفي عما كان غير مكيل ولا موزون وإن كان مأكولاً أو مشروباً مكيلاً أو موزوناً وعما كان غير مأكول ولا مشروب وإن كان مكيلاً أو موزوناً.

والثامن: وهو مذهب الشافعي في الجديد أن علة الربا أنه مأكول جنس ومن أصحابنا من قال مطعوم جنس وهذه العبارة أعم وهو قول من أثبت في الماء الربا فهذا جملة المذاهب المشهورة في علة الربا. وسنذكر حجة كل مذهب منها وندل على فساده.

فصل

أما المذهب الأول وهو قول محمد بن سيرين أن علة الربا الجنس فاحتج له بأن النبي ﷺ ذكر أجناساً منع من التفاضل فيها ثم قال: «فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ».

فشرط في جواز التفاضل اختلاف الجنس فثبت أن علة الربا الجنس فلا يجوز أن يباع شيء بجنسه متفاضلاً أبداً. والدليل على فساد هذا القول ما روى عبد الله بن عمرو أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَهَّزَ جَيْشاً فَنَفَدَتْ إِبِلُهُ فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَة»[1] فَلَما ابْتَاعَ ﷺ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ بَطَلَ أَنْ يَكُونَ الْجِنْسُ عِلَّةً لِوُجُودِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَأَذِنَ النَّبِيُّ ﷺ بِهِ. وقد فعلت الصحابة مثل فعله وروى عن علي رضي الله عنه أنه باع جملاً له بعشرين جملاً إلى أجل[2].

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرخصة في ذلك (٣٣٥٧).

وعن ابن عمر أنه باع راحلة له بأربعة رواحل إلى أجل[١] ولم يظهر لهما مخالف فكان إجماعاً. فأما قوله ﷺ: فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُم. فعطف على ما قدم ذكره من الأجناس الستة التي أثبت فيها الربا بالنص فجوز فيها التفاضل مع اختلاف الجنس فلم يدل ذلك على تحريم التفاضل مع اتفاق الجنس في غير ما ورد فيه النص.

فصل

وأما المذهب الثاني وهو قول الحسن البصري أن علة الربا المنفعة في الجنس فاحتج له بأن ثبوت الربا مقصود به تحريم التفاضل، وفضل القيمة يقع ظاهراً كفضل القدر فلما ثبت أن الربا يمنع من التفاضل في القدر وجب أن يمنع التفاضل في القيمة. والدليل على فساد هذا القول مع ما قدمناه من ابتياع النبي ﷺ بعيراً ببعيرين وفضل القيمة بينهما كفضل القدر، وأن مقصود البياعات طلب النفع والتماس الفضل فلم يجز أن يكون ما هو مقصود البياعات علة في تحريم البياعات. ولأن تحريم تفاضل القيمة في الجنس مع تساوي القدر يقتضي تحليل تساوي القيمة في الجنس مع تفاضل القدر وهذا محظور بالنص وفي هذا انفصال عما تعلق به من الاستدلال.

فصل

وأما المذهب الثالث وهو قول سعيد بن جبير أن علة الربا تقارب المنافع في الأجناس، فاحتج له بأن الجنسين إذا تقاربا في المنفعة تقاربا في الحكم والمتقاربان في الحكم مشتركان فيه. والدليل على فساد هذا القول ورود النص بجواز التفاضل في البر بالشعير مع تقارب منافعهما وما دفعه النص كان مطرحاً.

فصل

فأما المذهب الرابع وهو قول ربيعة إن علة الربا جنس تجب فيه الزكاة فاحتج بأن الربا تحريم التفاضل حثاً على المواساة بالتماثل، وأموال المواساة ما ثبت فيها الزكاة فاقتضى أن تكون هي الأموال التي ثبت فيها الربا.

والدليل على فساد هذا القول: ابْتِيَاعُ النَّبِيِّ ﷺ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ، وَالإبل جنس تجب فيه الزكاة، وأثبت الربا في الملح وهو جنس لا تجب فيه الزكاة فثبت بهذين فساد مذهبه.

---

(١) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلفا فيه (١٣٥٤) بلفظ أن علي بن أبي طالب باع جملاً له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل.

فصل

فأما المذهب الخامس وهو قول مالك إن علة الربا أنه مقتات مدخر جنس، فاحتج له بأنه اعتلال يشابه الأصل بأوصاف وما كان أكثر شبهاً بالأصل كان أولى. والدليل على فساد هذا القول عدم هذه الأوصاف في الأصل لأن الملح ليس بقوت وقد جاء النص بثبوت الربا فيه فبطل اعتبار القوت، والرطب فيه الربا وليس بمدخر وقد وافق أن فيه الربا. فإن قال إن الرطب يؤول إلى حال الادخار في ثاني حال قبل. فالرطب الذي لا يصير تمراً ليس يؤول إلى حال الادخار وفيه الربا على أن هذا لا يخرج الرطب من أن يكون غير مدخر في الحال وإن جاز أن يفضي إلى حالة الادخار كاللحم الذي ليس بمدخر في الحال وإن أمكن أن يدخر في ثاني حال فبطل اعتبار الادخار فصار كلا الوصفين باطلاً. فإن عدل عن هذا التعليل وعلل بما كان يعلل به المتقدمون من أصحابه أنه قوت أو ما يصلح به القوت قيل هذا القول أفسد من الأول. لأنه إن أراد اجتماع ذلك في الأربعة لم يصح لأن الملح ليس بقوت وليس التمر مما يصلح به القوت.

وإن أراد أن القوت في الثلاثة علة وما يصلح القوت في الملح علة قيل: قد فرقت الأصل وعلته بعلتين مختلفين وقد اتفقوا أنه معلل بعلة واحدة ولو جاز تعليل الأصل بعلتين لجاز إسلاف الملح في الثلاثة لاختلافهما في العلة كما يجوز إسلاف الذهب والفضة في الأربعة لاختلاف العلة وقد جاءت السنة وانعقد الاجماع على خلاف هذا. ثم يقال له إن كنت تريد بقولك وما يصلح القوت جميع الأقوات فالتمر والزبيب قوتان ولا يصلحان بالملح، وإن أردت به بعض الأقوات فينبغي أن يثبت الربا في النار والحطب لأنه يصلح به بعض الأقوات وهذا دليل على فساد ما ذكره من التعليل. والله أعلم.

فصل

وأما المذهب السادس وهو قول أبي حنيفة أنه مكيل جنس. فالاحتجاج له من طريقين: **أحدهما**: إثبات الكيل علة. **والثاني**: إبطال أن يكون الطعم علة.

فأما ما احتج به في إثبات أن الكيل علة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَكَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ»[١] فنهى عن الكيل فاقتضى أن يكون علة الحكم.

ولأن التساوي في بيع البر بالبر مباح والتفاضل فيه محظور وليس يعلم التساوي المباح

(١) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٦١).

من التفاضل المحظور إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علته للحكم لأنه به يمتاز المباح من المحظور، ولأن الجنس صفة والكيل مقدار والتعليل بكونه مكيلاً جنساً يجمع حالتي البر صفة وقدراً وهما المقصود في الربا فثبت أنها علة الربا. فهذه ثلاث دلائل احتج بها أبو حنيفة وأصحابه في إثبات أن الكيل علة.

فأما ما احتج به في إبطال أن يكون المطعوم علة فأمور منها: أن الطعم في المطعومات مختلف، والكيل في المكيلات مؤتلف؛ لأن من الأشياء ما يؤكل قوتاً ومنه ما يؤكل إدماً، ومنه ما يؤكل تفكهاً، والكيل لا يختلف فكان أولى أن يكون علة من المطعوم الذي يختلف، ولأن المطعوم صفة آجلة لأن البر لا يطعم إلا بعد علاج وصنعة، والكيل صفة عاجلة لأنه يكال من غير علاج ولا صنعة، وإذا كان الحكم منه متعلقاً بإحدى الصفتين كان تعليقه بالصفة العاجلة أولى من تعليقه بالصفة الآجلة. ولأن علة الربا في البر هي ما منعت من التفاضل وأوجبت التساوي وقد يوجد زيادة الطعم ولا ربا ولا يوجد زيادة الكيل إلا مع حصول الربا وبيانه:

لو باع صاعاً من طعام ثقيل له ربع بصاع من طعام خفيف ليس له ربع جاز وإن تفاضلا في الكيل فبطل أن يكون الطعم علة لوجود التفاضل فيه مع عدم الربا ووجود التساوي فيه مع حصول الربا، وثبت أن الكيل علة لأن التفاضل فيه مثبت للربا والتساوي فيه كاف للربا، فهذا أقوى ترجيحاتهم الثلاثة.

فصل

والدليل على فساد ما ذهب إليه من طريقين: **أحدهما**: إثبات أن المطعوم علة. **والثاني**: إبطال أن الكيل علة.

فأما الدليل على أن المطعوم علة: فما روى بشير بن سعد عن معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ. واسم الطعام يتناول كل مطعوم في اللغة والشرع بما بيناه من قبل فكان عموم هذا الخبر إشارة إلى أن علة الربا الطعم لأن الحكم إذا علق باسم مشتق من معنى كان ذلك المعنى علة لذلك الحكم كحد الزاني لأن اسمه مشتق من الزنا وقطع يد السارق لأن اسمه مشتق من السرقة.

ولأن علة الشيء في ثبوت حكمه ما كان مقصوداً من أوصافه، ومقصود البر هو الأكل فاقتضى أن يكون علة الحكم. ولأن الأكل صفة لازمة لذات المعلول والكيل صفة زائدة عن المعلول والصفة اللازمة أولى أن تكون علة من الصفة الزائدة.

ولأن الأكل علة يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها، والكيل علة يوجد الحكم مع عدمها ويعدم الحكم مع وجودها، وهو أن الزرع إذا كان حشيشاً أو قصيلاً لا ربا فيه لعدم الأكل عندنا وعدم الكيل عندهم فإذا صار سنبلاً ثبت فيه الربا عندنا لأنه مأكول وثبت فيه الربا عندهم وهو غير مكيل. فإن قيل يصير مكيلاً. قيل: وكذلك إذا كان حشيشاً. فإذا صار السنبل خبزاً ثبت فيه الربا عندنا؛ لأنه مأكول وثبت فيه الربا عندهم وهو غير مكيل. فإن قيل يحصل فيه الربع لأنه موزون قيل: ما ثبت فيه الربا لا تختلف علته باختلاف أوصافه، فإذا صار الخبز رماداً فلا ربا فيه عندنا لأنه غير مأكول ولا ربا فيه عندهم وهو مكيل، فثبت أن علتنا يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها، وعلتهم يوجد الحكم مع عدمها في السنبل ويعدم الحكم مع وجودها في الرماد فثبت أن التعليل بالأكل أصح لهذه الدلائل الأربعة.

وأما الدليل على إبطال الكيل أن يكون علة فمن خمسة أوجه:

أحدهما: أنَّ النَّبِيُّ ﷺ نَصَّ عَلَى أَرْبَعَةِ أَجْنَاسٍ كُلّهَا مَكِيلَةٍ فلو كان ذلك تنبيها على الكيل لاكتفى بذكر أحدها. فإن قيل فهذا يرجع عليكم في الأكل لأن الأربعة كلها مأكولة ولو أراد الأكل لاكتفى بذكر أحدها قيل: ليس يلزمنا هذا؛ لأن الكيل في الأربعة لا يختلف والأكل فيها مختلف فالبر يؤكل في حال الاختيار والشعير يؤكل في حال الاضطرار، والتمر يؤكل حلواً والملح استطابة فلم يقتنع بذكر إحدى المأكولات لتفرده بإحدى الصفات.

والوجه الثاني: أن الكيل قد يختلف في المكيلان على اختلاف البلدان وتقلب الأزمان فالتمر يكال بالحجاز ويوزن بالبصرة والعراق، والبر يكال تارة في زمان ويوزن أخرى، والفواكه قد تعد في زمان وتوزن في زمان، فلم يجز أن يكون الكيل علة لأنها تقتضي أن يكون الجنس الواحد فيه الربا في بعض البلدان ولا ربا فيه في بعضها، وفي بعض الأزمان ولا ربا في غيرها، وعلة الحكم يجب أن تكون لازمة في البلدان وسائر الأزمان وهذا موجود في الأكل.

والوجه الثالث: أنَّ النَّبِيّ ﷺ جَعَلَ الْكَيْلَ عَلَماً عَلَى الإِبَاحَةِ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْبُرّ بِالْبُرِّ إِلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ فلم يجز أن يجعل الكيل علماً على الحظر. ألا تراه لما جعل القبض قبل الافتراق علماً على الإباحة لم يجز أن يجعل علة في الحظر.

وتحريره قياساً أن ما سلم به من تحريم الربا لم يجز أن يكون علة للربا كالقبض قبل الافتراق.

فإن قيل: علة الحظر هي زيادة الكيل قيل: هذا قول بعض المتأخرين من أصحاب أبي حنيفة على أنه لما لم يجز أن يكون الكيل علة في الحظر لأنه علم على الإباحة، لم يجز أن

يكون الكيل صفة في الحظر، لأنه علم على الإباحة أيضاً

والوجه الرابع: أن الكيل موضوع لمعرفة مقادير الأشياء فلم يجز أن تكون علة الربا كالزرع والعدد.

والوجه الخامس: أن من جعل الكيل علة أخرج من المنصوص عليه ما لا يمكن كيله لقلته، فجوز بيع تمرة بتمرتين وكف طعام بكفين. وكل علة أوجبت النقصان من حكم النص لم يجز استعمالها فيما عداه لأمرين:

أحدهما: أن المعنى معقول الاسم فلم يجز أن يكون ما عقل عن الاسم رافعاً لموجب الاسم.

والثاني: أن استعمالها فيما عدا المذكور يوجب زيادة حكم، ومحال أن تكون علة واحدة توجب نقصان الحكم من المذكور والزيادة عليه لتضاد الموجبين. لأن أحدهما إسقاط حكم ونفيه، والآخر إيجاب حكم وإثباته. فإن قيل ما لا يمكن كيله غير مراد بالنص لأنه ﷺ قال: لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ. فلما كان الاستثناء مكيلاً وجب أن يكون المستثنى منه مكيلاً لأن حكم المستثنى منه يجب أن يكون كحكم الاستثناء فصار تقدير ذلك، لا تبيعوا البر المكيل بالبر المكيل إلا كيلاً بكيل، فعلم أن ما ليس بمكيل ولا يمكن كيله غير مراد بالنص. فالجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الاستثناء يجب أن يكون بعض المستثنى منه ولا يكون كل المستثنى منه. ألا ترى أنه لو قال: جاءني الناس إلا بني تميم لم يقتض أن يكون كل الناس بني تميم فكذا إذا كان الاستثناء كيلاً لم يجز أن يكون كل المستثنى منه مكيلاً.

والجواب الثاني: أن قوله ﷺ لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ عام في الحظر، وقوله إلا كيلاً بكيل خاص في الإباحة، وعلة الربا مستنبطة من الحظر لا من الإباحة، فاقتضى أن يكون ما أوجبته من حكم الحظر عاماً في القليل والكثير.

والجواب الثالث: أن قليل التمر والبر موصوف بأنه مكيل؛ لأن له حظاً في المكيال ألا ترى أنه لو احتاج وفاء المكيال إلى تمرة فتم بها تم الكيل وحل البيع. فلولا أن التمرة مكيلة ما تم المكيال بها وهم أولى الناس بهذا القول. لأنهم يقولون إن القدح العاشر بانفراده هو المسكر. فكذلك التمرة الواحدة بانفرادها هي التي تم المكيال بها. فإن قيل فيختص عموم الظاهر بالقياس فنقول: لأنه مما لا يكال ولا يوزن فوجب ألا يثبت فيه الربا كالثياب قلنا نحن نعارضكم بقياس مثله فنقول. ما ثبت الربا في كثيرة ثبت في قليله كالذهب

والورق. ثم نقول: قياسكم لا يجوز أن يخص به الظاهر لأن أصله مستنبط منه والظاهر لا يجوز أن يكون مخصوصاً بعلة مستنبطة منه.

فصل

فأما الجواب عن استدلالهم بقوله ﷺ: لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلاَّ سَواءً بِسَوَاءٍ وَكَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ فهو أنها زيادة مجهولة لم ترد من طريق صحيح، وعلى أنها زيادة متأولة إذا كان ما يكال ويوزن مأكولاً أو مشروباً بدليل نهيه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما أبيح من التساوي لا يعلم إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علة الحكم. فهو أن الكيل علم الإباحة وعلة الربا مستنبطة من الحظر فلم يجز أن يكون الكيل علة الحكم.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تعليلهم بكونه مكيلاً جنساً يجمع حالتي البر صفة وقدراً فهو إن جاز أن يكون هذا دليلاً لأنه يجمع حالتي البر صفة وقدراً قابلناكم بمثله فقلنا: تعليلنا بكونه مطعوماً جنساً يجمع حالتي البر صفة وجنساً. ثم يكون هذا الاستدلال أولى لأن الطعم ألزم صفة من الكيل فاقتضى أن يكون بالحكم أخص. ولا يصح قولهم بأن الجنس صفة لأن الصفة ما اختصت بالموصوف، والجنس اسم مشترك يتناول كل ذي جنس فلم يصح أن يكون صفة.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الكيل متفق في المكيلات والأكل مختلف في المأكولات فكان التعليل بالمتفق أولى من التعليل بالمختلف. فهو أن الأكل متفق وإنما صفة الأكل تختلف، كما أن الكيل وإن كان متفقاً وصفته قد تختلف فبعضه قد يكال بالصاع، وبعضه بالمد، وبعضه بالقفير، وبعضه بالمكُّوك ثم يقال: الكيل يختلف باختلاف البلدان والأكل لا يختلف فكان الأكل لاتفاق البلدان أولى أن يكون علة من الكيل المختلف باختلاف البلدان. وأما الجواب عن استدلالهم بأن الطعم صفة آجلة والكيل صفة عاجلة فهو أن هذا القول فاسد لأن البر موصوف بهذه الصفة وإن كان يوجد بعد علاج وصنعة كما يوصف بأن مشبع وإن كان لا يوجب إلا بعد استهلاكه بالأكل، كما يوصف الماء بأنه مروي وإن كانت صفته توجد بعد الشرب، ثم لو قيل إن الأكل أعجل صفة من الكيل لكل أولى، لأن الأكل ممكن مع فقد الآلة والكيل متعذر إلا بوجود الآلة.

وأما الجواب بأن زيادة الطعم قد توجد مع تساوي الكيل ولا تحريم ولا توجد زيادة الكيل مع تساوي الطعم إلا مع وجود التحريم فهو أن يقال: إنما يلزم هذا إذا وقع التسليم بأن التساوي يعتبر بالوزن تاماً، ونحن نقول إن التساوي يعتبر بالكيل.

فلا يلزم أن الطعم متساو فيهما وإن تفاضلا في الوزن. كما لو تساويا في الوزن وتفاضلا في الكيل كانا متفاضلين وإن تساويا في الوزن على أنه لا يستمر على مذهبهم أن علة الربا زيادة الكيل، لأنهما لو تبايعا صبرة طعام بصبرة طعام كان باطلاً للجهل بالتساوي وإن لم يعلم زيادة الكيل فلما كان الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل بطل أن يكون زيادة الكيل علة.

فصل

فأما المذهب السابع وهو قول سعيد بن المسيب، والشافعي في القديم أن علة الربا مأكول مكيل أو موزون جنس احتجاجاً بأن المنصوص عليه يختص بصفتين: الأكل والكيل، وليست إحدى الصفتين أولى فاقتضى أن يكونا معاً علة الحكم، ولأن الربا إنما جعل في الأشياء التي يمكن استباحة بيع بعضها ببعض بكيل أو وزن فكان الكيل والوزن علة الحكم. وهذا غير صحيح؛ لأننا قد أبطلنا فيما مضى أن يكون الكيل علة وسنبطل أن يكون الوزن علة، وإن لم يجز أن يكونا علة لم يجز أن يكونا وصفاً في العلة فثبت أن الأكل وحده علة.

فصل

فإذا ثبت هذا فما عدا الذهب والفضة تنقسم ثلاثة أقسام: قسم فيه الربا على القولين معا، وهو ما أكل أو شرب مما كيل أو وزن. وقسم لا ربا فيه على القولين معاً وهو ما ليس بمأكول ولا مشروب كالثياب والحيوان والصفر والنحاس.

وقسم اختلف قوله فيه وهو ما أكل أو شرب مما لا يكال ولا يوزن كالرمان، والسفرجل، والبقول والخضر، فعلى قوله في القديم لا ربا فيه، لأنه علل ما فيه الربا بأنه مأكول أو مشروب مكيل أو موزون. وعل قوله في الجديد فيه الربا لأنه مطعوم جنس. واختلف أصحابنا هل يثبت فيه الربا على قوله في الجديد بعلة الأصل أو بعلة الأشباه.

فمن متقدمي أصحابنا من قال إنما جعل فيه الشافعي الربا على قوله في الجديد بعلة الأشباه لأنه قال: وإنما حرمنا غير ما سمى رسول الله ﷺ من المأكول المكيل والموزون لأنه في معنى ما سمى. فجعل في المكيل والموزون الربا بعلة الأصل ثم قال بعد هذا؟ وما خرج من الكيل والوزن من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على ما لا يكال ولا يؤكل، فجعل ملحقاً بالأصل من حيث الشبه. وقال آخرون من أصحابنا: بل فيه الربا على الجديد بعلة الأصل لا من حيث الشبه وإنما قال الشافعي ما احتج به الأولون ترجيحاً للعلة. والله تعالى أعلم.

فصل

فأما علة الربا في الذهب والفضة فمذهب الشافعي أنها جنس الأثمان غالباً وقال بعض أصحابنا قيم المتلفات غالباً. ومن أصحابنا من جمعهما وكل ذلك قريب. وقال أبو حنيفة: العلة فيهما أنه موزون جنس فجعل علة الذهب والفضة الوزن كما جعل علة البر والشعير الكيل، ودلائله في المسألتين مشتركة ثم خص الاحتجاج في هذه المسألة بترجيح علته وإفساد علتنا. واحتج لذلك بثلاثة أشياء: **أحدهما**: أن ثبوت الربا في الذهب والفضة مستفاد بالنص ولا فائدة في استنباط علة يستفاد منها حكم أصلها حتى لا يتعدى إلى غيرها والتعليل بالوزن متعدٍ وبالأثمان غير متعد.

والثاني: أنه لو جاز تعليل الذهب والفضة بكونهما ثمناً وذلك غير متعد. لجاز تعليلهما بكونهما فضة وذهباً، فلما لم يجز أن يعلل الذهب بكونه ذهباً ولا فضة بكونهما فضة لعدم التعدي لم يجز أن يعللا بكونهما ثمناً لعدم التعدي.

والثالث: أن التعليل بالأثمان منتقض في الطرد والعكس فنقض طرده بالفلوس، هي أثمان في بعض البلدان ولا ربا فيها عندكم. ونقضه عكسا بأواني الذهب والفضة ليست أثماناً وفيها الربا، والتعليل بالوزن مستمر لا يعارضه نقض في طرد ولا عكس.

والدليل على صحة علتنا وفساد علته مع ما قدمنا من الدليل من قبله ثلاثة أشياء:

أحدها: أن التعليل بالوزن يثبت الربا في الموزون من الصفر والنحاس والقطن والكتان، ولو ثبت فيه الربا بعلة الوزن كما ثبت في الذهب والفضة بهذه العلة لوجب أن يستوي حكم معموله ومكسوره في تحريم التفاضل فيه كما استوى حكم معمول الذهب والفضة ومكسوره في تحريم التفاضل فيه. فلما جوزوا التفاضل في معمول الصفر والنحاس دون مكسوره وتبره حتى أباحوا بيع طشت بطشتين وسيف بسيفين ولم يجوزوا التفاضل في معمول الفضة والذهب، ومنعوا من بيع خاتم بخاتمين وسوار بسوارين دل على افتراقهما في العلة واختلافهما في الحكم ولو اتفقا في العلة لاستويا في الحكم فبطل أن يكون الوزن علة الحكم.

والثاني: أنه لو كان الوزن في الذهب والفضة علة يثبت بها الربا في موزون الصفر والنحاس لوجب أن يمنع من إسلام الذهب والفضة في الصفر والنحاس لاتفاقهما في علة الربا كما منع من إسلام الفضة في الذهب لاتفاقهما في علة الربا.

فلما جاز إسلام الذهب والفضة من الصفر والنحاس ولم يجز إسلام الفضة في الذهب دل على افتراق للحكم بين الفضة والذهب وبين الصفر والنحاس في علة الربا فبطل أن يكون

الوزن علة الربا. وهذان الدليلان احتج بهما الشافعي رحمه الله في إبطال الوزن أن يكون علة الربا.

والثالث: أن الأصول مقررة على أن الحكم إذا علق على الذهب والفضة اختص بهما ولم يقس غيرهما عليهما. ألا ترى أن الزكاة لما تعلقت بهما لم يتعد إلى غيرهما من صفر أو نحاس أو شيء من الموزونات ولما حرم الشرب في أواني الفضة والذهب اختص النهي بهما دون سائر الأواني من غيرهما. كذلك وجب أن يكون الربا المعلق عليهما مختصاً بهما وأن العلة فيهما غير متعدية إلى غيرهما.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لا فائدة في استنباط علة ثبت حكمها بالنص من غير تعد فهو أن يقال: ليس يخلو هذا القول من أحد أمرين إما أن يكون إبطالاً لغير المتعدية، أو يكون علة لعدم الفائدة وهو الظاهر من الاستدلال، أو يكون إثباتاً لها علة وجعل غيرها إذا تعدت أولى منها. فإن كان هذا إبطالا لغير المتعدية أن تكون علة خالفناكم لأن غير المتعدية قد تكون عندنا علة فإن دعوا إلى الكلام فيها انتقلنا عن المسألة، ثم نقول: العلل أعلام نصبها الله تعالى للأحكام فربما أراد ببعضها التعدي فجعلها علماً عليه وربما أراد ببعضها الوقوف على حكم النص فجعلها علماً عليه. كما أن جعل المتعدية تارة عامة وتارة خاصة. كذلك جعلها تارة واقفة وتارة متعدية. فإن قيل: فالواقفة غير متعدية فيجعل الحكم معلقاً بالنص دون المعنى كأعداد الركعات لما لم تكن متعدية المعنى لم يستنبط لها معنى لعدم الفائدة.

فالجواب أن الواقفة مفيدة والذي يستفاد بها أمران: **أحدهما**: العلم بأن حكمها مقصور عليها وأنها لا تتعدى إلى غيرها وهذه فائدة.

والثاني: أنه ربما حدث ما يشاركه في المعنى فيتعدى حكمه إليه. فأما أعداد الركعات فغير معقول المعنى فلذلك لم يمكن استنباط علة منها. فهذا الكلام عليهم إن أبطلوا العلة الواقفة. وإن أثبتوها وجعلوا المتعدية أولى منها كان هذا مسلماً ما لم تبطل المتعدية بنقض أو معارضة وقد أبطلنا تعليلهم بالوزن من وجهين ذكرهما الشافعي ولولاهما لكان التعليل بالوزن أولى.

وأما الجواب عن قولهم بأن الاسم لما لم يكن علة لعدم تعديه. فهو أن هذا رجوع إلى الكلام في إبطال العلة الواقفة وقد مضى على أن الاسم لم يجز أن يكون علة لأنه مستفاد قبل الاستنباط لا لما ذكره من عدم التعدي.

والعلة الواقفة مستفادة بعد الاستنباط فجاز أن يكون علة مع عدم التعدي.

وأما الجواب عما ذكروه من نقض علتنا في الطرد بالفلوس وفي العكس بالأواني فهو أن علتنا سليمة من النقض في الطرد والعكس لأنها جنس الأثمان غالباً، والفلوس وإن كانت ثمناً في بعض البلاد فنادر فسلم الطرد. وأما العكس فلا ينتقض أيضاً بالأواني لأننا قلنا جنس الأثمان والأواني من جنس الأثمان وإن لم تكن أثماناً فسلمت العلة من النقض في الطرد والعكس. وإذ قد انتهى الكلام بنا إلى هذا فسنذكر فصلاً من العلل وما يتعلق عليها ويصح بها القياس الذي يتضمنها والله أعلم.

فصل

اعلم أن القياس قياسان، قياس طرد وقياس عكس. فأما قياس الطرد: فهو إثبات حكم الأصل في الفرع لاجتماعهما في علة الحكم. وهذا أقوى القياسين حكماً، وليس يختلف أهل القياس في القول به. وأما قياس العكس: فهو إثبات حكم نقيض حكم الأصل في الفرع باعتبار علته. وهذا قد أثبته أكثر الفقهاء قياساً وإن خالفهم أكثر المتكلمين. وقياس الطرد، لا يخلو من أربعة أشياء: من أصل، وفرع، وعلة، وحكم.

فأما الأصل فهو الذي يتعدى حكمه إلى غيره، وأما الفرع فهو الذي يتعدى إليه حكم غيره، وأما العلة فهي التي لأجلها ثبت الحكم. وقيل الصفة الحالية للحكم، وأما الحكم فهو المنقسم إلى:

الإباحة، والحظر، والوجوب، والندب، والكراهة، والاستحباب فالبر في الربا أصل، والأرز فرع، والأكل علة، والربا حكم.

ثم العلة والحكم لا بد من وجودهما في الأصل والفرع معاً غير أن العلم بوجودهما في الأصل أسبق من العلم بوجودهما في الفرع، والعلم بالحكم المعلق بالأصل أسبق من العلم بعلة الحكم في الأصل، لأن العلة تعلم بعد الاستنباط لها والحكم متقدم على الاستنباط. والعلم بالعلة في الفرع أسبق من العلم بحكم الفرع بخلاف الأصل. لأن بوجود العلة في الفرع يعلم حكم الفرع، وبوجود الحكم في الأصل يعرف علة الأصل. ثم لا يخلو حال الحكم في الأصل من أن يكون مستفاداً من ثلاثة أوجه: من نص أو إجماع أو قياس على أصل آخر. فإن كان الحكم مستفاداً من نص أو إجماع، كان المنصوص عليه أصلاً بذاته فيجب حينئذ استنباط علته وتعليق حكمه على فروعه.

وإن كان الحكم مستفاداً من قياس على أصل آخر فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون الحكم قد ثبت في ذلك الأصل بمثل العلة التي يثبت بها الحكم في هذا الفرع أو يكون الحكم قد ثبت فيها بعلة أخرى. فإن كان قد ثبت الحكم في الأصل بمثل العلة المستنبطة منه لم يثبت الحكم في الفرع.

مثاله: أن تقيس الذرة على الأرز بعلة الأكل، والأرز قد ثبت فيه الربا فهذه العلة قياساً على البر. فإن كان هكذا لم يجز جعل هذا أصلا وكان هذا الأصل مع ما ألحق به فرعين على الأصل الأول.

فجعل الذرة والأرز فرعين على البر المنصوص عليه لوجود علة البر فيهما على سواء، وليس جعل الأرز المقيس على البر أصلاً للذرة بأولى من جعل الذرة أصلا للأرز لاستوائهما فرعاً للآخر. وإن كان الحكم قد ثبت في ذلك الأصل بعلة ورد الفرع إليه بعلة أخرى مستنبطة منه غير تلك العلة فقد اختلف أصحابنا في جواز ذلك.

فقالت طائفة لا يجوز ومنعوا منه، لأن الفرع إنما يرد إلى الأصل إذا شاركه في علة حكمه، وعلة هذا الأصل التي ثبت بها حكمه هي علة أخرى لا توجد في الفرع الثاني وهذا مذهب من منع من القول بالعلتين.

وقالت طائفة أخرى بجواز ذلك لأن العلة التي ثبت بها الحكم في الأصل هي كالنص في أنها طريق الحكم وليس يمتنع أن يعلم بالدليل أن لعلة أخرى تأثيراً في ذلك الحكم فيرد بها بعض الفروع إليه، و هذا مذهب من أجاز القول بالعلتين.

فصل

فإذا ثبت حكم الأصل من أحد هذه الوجوه الثلاثة وجب على القياس اعتبار علة الحكم في الأصل لتحريها في الفرع. وقد يعلم علة الأصل من أحد ثلاثة أوجه أيضاً.

أحدها: النص الصريح. **والثاني**: التنبيه. **والثالث**: الاستنباط.

وأما النص الصريح فنحو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]. ونحو قوله ﷺ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ لأَجْلِ الدَّافةِ». فنص على العلة كما نص على الحكم. وأما التنبيه. فمثل ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ امْتَنَعَ مِنَ الدَّخُولِ عَلَى قَوْمٍ عِنْدَهُمْ كَلْبٌ وَدَخَلَ عَلَى آخَرِينَ وَعِنْدَهُمْ هِرَّةٌ، وَقَالَ: إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجَسٍ إِنَّهَا مِنَ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَّافَاتِ.

فنبه بذلك على نجاسة الكلب لأنه ليس من الطوافين والطوافات. وفي معنى التنبيه الجواب بالفاء نحو قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]. فنبه بذلك على أن علة القطع السرقة.

وأما الاستنباط فهو ما ورد النص بإطلاق حكمه من غير إشارة إلى علته ووكل العلماء إلى اجتهادهم في استنباط علته كالستة الأشياء التي نص رسول الله ﷺ على ثبوت الربا

فيها. فاجتهد الفقهاء في استنباط معناها. وهذا النوع إنما يمكن استنباط علته بعد العلم بالدليل على صحة العلة ليعلم به العلة الصحيحة التي يجوز تعليق الحكم بها من العلة الفاسدة التي لا يجوز تعليق الحكم بها.

وقد اختلف أصحابنا في الشروط الدالة على صحة العلة. فقال بعضهم هي أربع: وجود الحكم بوجودها، وارتفاعه بارتفاعها، وسلامتها على الأصول، وعدم ما يعارضها مما هو أولى منها فجعل الطرد والعكس شرطين من شروط صحتها. وقال آخرون هي ثلاثة شروط: وجود الحكم بوجودها، وسلامتها على الأصول وعدم ما يعارضها مما هو أولى منها. فجعل هذا القائل الطرد شرطاً ولم يجعل العكس شرطاً. وقد اختار هذا القول ابن أبي هريرة وزعم أن العلل الشرعية لا يستمر في جميعها الطرد والعكس، وإنما يستمر في العلل العقليات.

وقال الأولون: بل هذا الشرط مستمر في الشرعيات أيضاً ما لم يخلف تلك العلة علة أخرى توجب مثل حكمها، وهذا أصح المذهبين عندي لأن العلة إذا كانت موجبة بحكم واقتضت أن يكون الحكم بوجودها موجوداً لزم أن يكون الحكم بعدمها وما ليقع الفرق بين وجودها وعدمها. والله أعلم.

فصل

فأما فساد العلة فقد يكون من أحد ثمانية أوجه. بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه. **فأحدها**: التعليل بالاسم وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون اسماً مشتقاً من فعل كعاقد وقاتل ووارث فيجوز أن يكون علة.

والثاني: أن يكون اسم لقب فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلل تحريم الخمر، لأن العرب سمته خمراً. فهذا تعليل فاسد، لأنه يبعد أن يكون لتسمية العرب مع تقدمه على الشرع تأثيراً في تحريم الخمر. **والثاني**: أن يعلل تحريمه بجنسه ويعبر عن الجنس باسمه فيعلل تحريمه بكونه خمرا فهذا جائز. لأنه لما جاز التعليل بالصفة جاز التعليل بالجنس فيجوز أن تقول في نجاسة بول ما يؤكل لحمه، لأنه بول فوجب أن يكون نجساً قياساً على بول الآدمي.

والوجه الثاني: اختلاف الموضع. وهو أن يكون أحد الحكمين مبنياً على التخفيف، والحكم الآخر مبنياً على التغليظ فيجمع بينهما بعلة توجب حكماً آخر. فقد اختلف أصحابنا هل يكون اختلاف موضوعهما مانعاً من صحة الجمع بينهما؛ فقال بعضهم: يكون هذا

مفسداً للعلة مانعاً من صحة الجمع لأن الجمع بينهما يوجب تساوي حكمهما، واختلاف موضوعهما يوجب التفريق بينهما.

وقال آخرون: لا يمنع ذلك من صحة الجمع ولا يوجب فساد العلة لأنه يجوز أن يكون الفرع مساوياً لأصله في حكم وإن خالفه في غيره لأن أحكامهما من كل وجه متعذر.

والوجه الثالث من وجوه الفساد عدم التأثير. وهو أن يضم المعلل إلى أوصاف علته وصفاً لو عدمته العلة في الأصل لم يعدم الحكم. ففسد بذلك أن يكون مجموع تلك الأوصاف علة ووجب إسقاط الوصف الذي لا يؤثر علته في الأصل. لأنه لو جاز أن يجعل من أوصاف العلة ما لا يضر فقده في الحكم إثبات ما لا نهاية له من الأوصاف.

والوجه الرابع: الكسر. وهو أن يكون الوصف المزيد في علة الأصل احترازاً من انتقاضها بفرع من الفروع فلا يجوز ضم هذا الوصف إليها وتصير العلة منتقضة على قول جمهور أصحابنا، لأن علة الأصل يجب أن يتقدم العلم بصحتها ثم يجري في فروعها. فإن لم يؤثر وصف منها في فساد العلة وهذا الوجه مؤلف من عدم التأثير والنقض.

والوجه الخامس: القلب. وهو أن يعلق بعلة الأصل نقيض حكمها مثاله: أن يعلل الحنفي وجوب الصيام في الاعتكاف بأنه لبث في مكان مخصوص فوجب أن يكون من شرطه اقتران معنى آخر إليه.

أصله الوقوف بعرفة: فنقلب هذا القياس عليه ونقول لأنه لبث في مكان مخصوص فوجب ألا يكون من شرطه الصوم كالوقوف بعرفة فيكون هذا فساداً للعلة. ولك في هذا المثال أن تمنع العلة **بوجه سادس**: وهو القول بموجب العلة وهو أن تقول أنا أضم إليه معنى آخر وهو النية فيكون هذا قولاً بموجب العلة. وهذا إنما يختص بالحكم إذا كان مجملاً ويصير النزاع في الحكم مانعاً من العلة أن تكون موجهة لما ادعاه من الحكم.

والوجه السابع: النقض ويكون بحسب العلة. والعلل ضربان. علة نوع، وعلة جنس. فأما علة النوع فمثل تعليل البر لثبوت الربا فيه بأنه مطعوم. وأما علة الجنس فمثل تعليل جنس الربا بأنه مطعوم.

فإن كان التعليل لنوع. كان نقض العلة فيه بوجود العلة مع ارتفاع الحكم فإذا وجد مطعوم ليس فيه ربا كان نقضاً. ولا ينتقض بوجود الربا فيما ليس بمعلوم من الذهب والورق. وإن كان التعليل للجنس كتعليل جنس الربا بأنه مطعوم انتقضت هذه العلة من وجهين:

أحدهما: وجود العلة مع ارتفاع الحكم حتى إن كان معلوماً لا ربا فيه كان نقضاً.

والثاني: وجود الحكم مع ارتفاع العلة حتى إذا ثبت الربا فيما ليس بمطعوم من الذهب والورق كان نقضاً، ومتى كان الحكم جملة لم ينتقض بالتفصيل ومتى كان مفصلاً انتقض بالجملة والتفصيل.

وقد يحترز من النقض إذا كان بوجود العلة وارتفاع الحكم بأحد وجهين:

إما احتراز بحكم ثبت في الأصل، وإما احتراز بشرط مقيد بالحكم فإن كان الاحتراز بحكم ثبت في الأصل مثاله: تعليل الحنفي قتل المسلم بالذمي بأنهما حران مكلفان محقونا الدم كالمسلمين. فإذا نوقض بقتل الخطأ وعدم القود فيه قال: قد احترزت من هذا النقض بالرد إلى المسلمين، فإن القود بينهما يجري في العمد دون الخطأ فكذا في الفرع. وهذا الجواب ليس بصحيح والنقض لازم لأن العلة هي المنطوق بها والحكم ما صرح به، والنقض يتوجه إلى المظهر دون المضمر.

وإن كان الاحتراز بشرط فقيد بالحكم. فمثاله: إذا علل الحنفي قتل المسلم بالذمي بأنهما حران مكلفان محقونا الدم، أن يقول: فوجب أن يثبت القصاص في العمد. فقد اختلف أصحابنا: هل يكون هذا الاحتراز مانعاً من النقض؟ فقال بعضهم: لا يمنع هذا الاحتراز من النقض ويكون هذا اعترافاً ينقض العلة، لأن العلة ما استقلت بالذكر وكانت هي المؤثرة في الحكم وهذه العلة لا تؤثر إلا بشرط يقترن بالحكم.

وقال آخرون بل هذا الاحتراز مانع من النقض والعلة صحيحة لأن الشرط المذكور في الحكم وإن كان متأخراً في اللفظ فهو متقدم في المعنى.

والوجه الثامن: المعارضة. وقد تكون من وجهين:

أحدهما: بالنص. **والثاني:** بعلة فأما معارضة العلة بالنص فينظر حال النص، فإن كان غير مجمل كانت العلة التي عارضته فاسدة. لأن النص أصل مقدم والقياس فرع مؤخر.

وإن كان النص مجملاً جاز تخصيصه بالقياس إن كان جلياً، وفي جواز تخصيصه بالقياس إن كان خفياً. وجهان.

وأما معارضة العلة بعلة فضربان:

أحدهما: المعارضة في علة الأصل.

والثاني: المعارضة بقياس آخر مع تسليم علة الأصل، فإن كانت المعارضة في علة

الأصل نظر في المعلل فإن كان ممن لا يقول بالعلتين لم تسلم له العلة إلا أن يدل على صحتها أو على فسادها ما عارضها مثل تعليل الحنفي البر بأنه مكيل فيعارض الشافعي في علة البر بأنه مطعوم فلا نسلم التعليل بالكيل إلا أن يدل على صحته وفساد ما عارضه.

وإن كان المعلل ممن يقول بالعلتين نظر في الحكمين فإن كانا متنافيين لم تسلم العلة بالمعارضة إلا بالدليل على صحتها أو فساد ما عارضها. وإن لم يتناف الحكمان فقد قيل لا تمنع المعارضة من صحة العلة وللمعلل أن يقول: أقول بالعلتين معاً.

وقيل: بل هذه المعارضة مانعة من صحة العلة حتى يدل على أن علته هي التي أوجبت الحكم الذي ادعاه ثم يصح حينئذ قوله بالعلتين.

وأما معارضة القياس بقياس آخر فمانع من صحة القياس أيضاً سواء قال المعلل بالعلتين أو لم يقل. لأنه ليس رد الفرع إلى أحد الأصلين بأولى من رده إلى الأصل الآخر إلا أن يترجح أحد القياسين على الآخر بأحد ثلاثة أوجه. إما بما يرجع إلى أصله وإما بما يرجع إلى حكمه وإما بما يرجع إلى علته فيكون القياس المترجح بأحد هذه الوجوه أولى.

فصل

وإذا ثبت أن صحة العلة وفسادها يعتبر بما وصفنا فينبغي للمعلل إذا أراد أن يستنبط علة الأصل المنصوص على حكمه أن يعتبر أوصاف الأصل وصفاً بعد وصف فإن كان الوصف الذي بدأ باعتباره مطرداً على الشروط المعتبرة علم أنه العلم الذي جعله الله تعالى علة الحكم.

وإن لم يطرد واعترضه أحد وجوه الفساد انتقل إلى وصف ثان فإن وجده مطرداً علم أنه علة الأصل، وإن لم يطرد انتقل إلى وصف ثالث فاعتبره كذلك حتى يأتي على جميع الأوصاف فإذا سلم له أحدها جعله علة الحكم. فلو سلم له وصفان وصح تعليق الحكم على كل واحد منهما لاطراده على الأصول، لم يجز تعليق الحكم بهما لكن يقع الترجيح بينهما فإذا ترجح أحد الوصفين بعمومه وكثرة فروعه أو بأحد الوجوه التي يكون بها ترجيح العلل علم أن الوصف الذي ترجح هو علة الحكم دون غيره، ولو كانت أوصاف الأصل حين اعتبر بها لا يطرد واحد منها على الأصول ضممت أحد الأوصاف إلى الآخر فإذا صلح لك اجتماع وصفين مطردين جعلتهما معاً علة الحكم.

وإن لم يطرد الوصفان باجتماعهما ضممت إليهما وصفاً ثالثاً، فإذا وجدتها مطردة جعلتها مجموعها علة الأصل، وإن لم تطرد باجتماعها ضممت إليها رابعاً، ثم خامساً ثم

سادساً ولا ينحصر بعد ذلك إلى أن ينتهي إلى أن يجمع أوصاف الأصل كله ويقتصر بالعلة على نفس الأصل المنصوص على حكمه كما قلنا في علة الذهب والفضة أنه لما لم يكن يصح تعليق الحكم على أحد أوصافها انتهى بنا التعليل إلى الاقتصار على نفس المنصوص عليه وقلنا: إن علتهما كونهما أثماناً وقيماً. ومنع أبو حنيفة من هذا بمنعه من العلة الواقعة. ومنع بعض أصحابنا من الزيادة على خمسة أوصاف وهذا فاسد، لأنه لا نجد فرقاً بين الخمسة وبين ما زاد عليها أو نقص منها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلِّفَ شَيْئاً بِمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِنَ المَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ فِي شَيْءٍ مِنْهُ وإن اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ جَازَا مُتَفَاضِلَيْن يَداً بِيَدٍ قِيَاساً عَلى الذَّهَبِ الذِي لاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلَّفَ فِي الْفِضَّةِ وَالْفِضَّة التِي لاَ يَجُوزُ أَنْ تُسَلَّفَ فِي الذَّهَبِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملته أن الرجلين إذا تبايعا لم يخل ما يضمنه عقد بيعهما عوضاً ومعوضاً من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون العوضان مما لا ربا فيه فلا بأس ببيعه نقداً ونساء متفاضلاً ومتماثلاً سواء كانا من جنسين كبيع ثوب بعبد، أو كانا من جنس واحد كبيع ثوب بثوبين، وعبد بعبدين.

والقسم الثاني: أن يكون في أحد العوضين الربا دون الآخر كبيع عبد بدراهم أو ثوب بطعام فهذا كالقسم الذي قبله يجوز العقد عليهما نقداً ونساء، ويجوز أن يسلم أحدهما في الآخر.

والقسم الثالث: أن يكون العوضان مما فيه الربا بعلتين مختلفتين كالبر بالذهب أو الشعير بالفضة فهذا كالقسمين الماضيين في جواز العقد عليهما نقداً ونساء وإسلام أحدهما في الآخر.

والقسم الرابع: أن يكون العوضان مما فيه الربا بعلة واحدة كالبر بالشعير أو بالبر، والذهب بالفضة أو بالذهب، فلا يجوز إسلام أحدهما في الآخر لاشتراكهما في العلة. ثم ينظر في حال العوضين فإن كانا من جنس واحد كالبر بالبر أو الشعير بالشعير فلا يصح بيعهما إلا بشرطين: التساوي، والتقابض قبل الافتراق. وقال أبو حنيفة يصح وإن تفرقا قبل القبض وقد مضى الكلام معه.

وإن كان العوضان من جنسين كالبر بالشعير، أو التمر بالزبيب فبيعه معتبر بشرط واحد وهو التقابض قبل الافتراق، والتفاضل فيه يجوز وقد مضى في هذا المعنى ما يغني. والله

أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا خَرَجَ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ والذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَلاَ بَأْسَ بِبَيْعِ بَعْضِهِ بِبَعْض مُتَفَاضِلاً إِلَى أَجَلٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ».

قال الماوردي: قد تقرر بما تمهد من علتي الربا أن ما عدا المأكول والمشروب والذهب والفضة لا ربا فيه كالصفر والنحاس والثياب والحيوان، فلا بأس أن يباع الجنس منه بغيره أو بمثله عاجلاً وآجلاً، ومتفاضلاً، فيجوز أن يبيع ثوباً بثوبين وعبداً بعبدين وبعيراً ببعيرين نقداً ونساء. وقال أبو حنيفة: الجنس يمنع من النساء متفاضلاً ومتماثلاً، فلا يجوز بيع الثياب بالثياب نساء، ولا بيع الحيوان بالحيوان نساء. استدلالاً برواية قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسيئَةً[(١)].

وروى أبو الزبير عن جابر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: الْحَيَوَانُ وَاحِدٌ بِاثْنَيْنِ لاَ بَأْسَ بِهِ يَداً بِيَدٍ وَلاَ خَيْرَ فِيهِ إِنْساء[(٢)].

ولأنه بيع جنس فلم يجز دخول النساء فيه كالبر. ولأن الجنس أحد صفتي علة الربا لأن علة الربا على قول الشافعي مطعوم جنس وعلى قول أبي حنيفة مكيل جنس، وإذا كان الجنس أحد صفتي علة الربا لم يجز دخول النساء فيه كالطعم أو الكيل. وتحريره قياساً أن ما كان وصفاً في علة الربا كان مانعاً من دخول النساء كالكيل. والدلالة على خطأ هذا القول ما روي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشاً فَفَرَّتِ الإِبْلُ فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ قِلاصِ الصَّدَقَةِ. فَكَانَ يَأْخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ إِلى إِبِلِ الصَّدَقَةِ. رواه أبو داود[(٣)] في سننه.

وروى الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر قال: جَاءَ عَبْدٌ فَبَايَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْهِجْرَةِ وَلاَ يَشْعُرُ النَّبِيَّ ﷺ أَنَّهُ عَبْدٌ فَجَاءَ سَيِّدُهُ يُرِيدُهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ بِعْنِيه فَاشْتَرَاهُ بِعَبْدَيْنِ أَسْوَدَيْنِ ثُمَّ لَمْ يُبَايِعْ أَحَداً بَعْدُ حَتَّى يَسْأَلُهُ أَعَبْدٌ هُوَ. رواه الشافعي في الأم[(٤)]. وقد روي

---

(١) أخرج بنحوه الدارقطني (٣/ ١٤).

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (١٢٣٧) والنسائي في البيوع، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٤٦٢٠) وأبو داود في البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة (٣٣٥٦).

(٣) أخرج نحوه ابن ماجه في التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة (٢٢٧١) وأبو داود.

(٤) أخرجه مسلم في المساقاة، باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلاً (١٦٠٢) والترمذي في السير عن رسول الله، باب ما جاء في بيعة العبد (١٥٩٦) والشافعي في «الأم» (٣/ ١١٧).

جواز ذلك عن علي وابن عمر رضي الله عنهما.

فروي عن علي رضي الله عنه أَنَّهُ بَاعَ جَمَلاً لَهُ يُقَالُ لَهُ الْعُصَيْفِيرُ بِعِشْرِينَ جَمَلاً إِلَى أَجَلٍ.

وروي عن ابن عمر أنه باع بعيراً بأربعة أبعرة مضمونة بالربذة. وليس لهما في الصحابة مخالف فكان إجماعاً.

ولأن كل عقد صح اشتراط الخيار فيه، صح دخول الأجل فيه، كالجنسين من حيوان وثياب. ولأن كل جنس جاز دخول التفاضل فيه جاز دخول الأجل فيه كالثياب المروية بالهروية.

فإن قيل: «الهروي والمروي» جنسان فلذلك جاز دخول الأجل فيهما قيل: جنسهما واحد. ألا ترى أنه لو باعه ثوباً على أنه هروي فبان أنه مروي، كان البيع جائزاً وله الخيار، ولو كان من غير جنسه لبطل البيع، كما لو باعه ثوباً على أنه قطن فبان أنه كتان، كان البيع باطلاً لأنهما جنسان. ولأن الربا قد يثبت في الجنس من وجهين: التفاضل، والأجل.

فلما كان التفاضل في جنس ما لا ربا فيه جائزاً وجب أن يكون الأجل في جنس ما لا ربا فيه جائزاً. وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد نوعي الربا فوجب ألا يحرم فيما ليس فيه ربا كالتفاضل.

وأما الجواب عن خبري سمرة، وجابر، فهو أن يحمل النهي علىٰ دخول الأجل في كلا العوضين، وذلك عندنا غير جائز.

وأما قياسهم على البر بالبر فالمعنى تحريم التفاضل فيه، فذلك حرم الأجل، وليس كذلك في مسألتنا.

وأما استدلالهم بأنه أحد صفتي الربا كالكيل، فالمعنى في الكيل أنه إذا علق به تحريم الأجل، اختص ذلك بما فيه الربا، وإذا علق بالجنس عم ما فيه الربا وما لا ربا فيه، ولا يجوز أن يسوى بين ما فيه الربا، وبين ما لا ربا فيه في أحد نوعي الربا. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: فَلاَ بَأْسَ أَنْ يُسَلِّفَ بَعِيراً فِي بَعِيرَيْنِ أُرِيدَ بِهِمَا الذَّبْحُ أَوْ لعمْ يُرَدْ وَرَطل نُحَاسٍ بِرَطْلَيْنِ وَعَرْضٌ بِعَرْضَيْنِ إِذَا دَفَعَ الْعَاجِلَ وَوَصَفَ الآجِلَ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في جواز بيع الحيوان بالحيوان نساء فعلى هذا يجوز أن يسلم بعيراً في بعيرين وأكثر. وقوله أريد بهما الذبح أو لم يرد إنما عنى به مالكاً حيث

منع من بيع بعير ببعيرين أو بعير إذا أريد بهما الذبح أو بأحدهما، والمراد للذبح أن يكون كسيراً أو حطيماً. استدلالاً بأن ما لا يصلح إلا للذبح يجري في الحكم مجرى اللحم، وبيع اللحم بالحيوان لا يجوز.

والدلالة على خطأ هذا القول وجواز هذا البيع مع ما تقدم من عموم الظواهر الدالة أن كل حيوان جاز بيع بعضه ببعض صحيحاً، جاز بعضه ببعض كسراً كالعبد الصحيح بالعيد الزمن. ولأنه حيوان فجاز بيع بعضه ببعض كالصحيح. ولأن كسير الحيوان في حكم الصحيح في تحريم أكله حتى يستباح بالزكاة فوجب أن يكون كالصحيح في جواز بيعه. وبهذا ينكسر ما استدل به.

وأما قول الشافعي. ورطل نحاس برطلين وعرض بعرضين. فلأن ما لا ربا فيه يجوز فيه التفاضل والنساء معاً.

وقوله: إذا دفع العاجل ووصف الآجل فلأن السلم لا يصح إلا بهذين الشرطين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا أُكِلَ أَوْ شُرِبَ مِمَّا لاَ يُكَالُ وَلاَ يُوزَنْ فَلاَ يُبَاعُ مِنْهُ يَابِسٌ بِرَطْبٍ قِيَاساً عِنْدِي عَلَى مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ وَمَا يَبْقَى وَيُدَّخَرُ أَوْ لاَ يَبْقَى وَلاَ يُدَّخَرُ وَكَانَ أَوْلَى بِنَا مِنْ أَنْ نَقِيسَهُ بِمَا يُبَاعُ عَدَداً مِنْ غَيْرِ الْمَأْكُولِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهَا وَلاَ يَصْلُحُ عَلَى قِيَاسِ هَذَا الْقَوْلِ رُمَّانَةٌ بِرُمَّانَتَيْنِ عَدَاً وَلاَ وَزْناً وَلاَ سَفَرْجَلَةٌ بِسَفَرْجَلَتَيْنِ وَلاَ بَطِّيخَةٌ بِبَطِّيخَتَيْنِ وَنَحْوُ ذَلِكَ وَيُبَاعُ جِنْسٌ مِنْهُ بِجِنْسٍ مِنَ غَيْرِهِ مُتَفَاضِلاً وَجُزَافاً يَدَاً بِيَدٍ وَلاَ بَأْسَ بِرُمَّانَةٍ بِسَفَرْجَلَتَيْنِ كَمَا لاَ بَأْسَ بِمُدِّ حِنْطَةٍ بِمُدَّيْنِ مِنْ تَمْرٍ وَنَحْوُ ذَلِكَ».

قال الماوردي: اعلم أن المأكولات كلها ضربان. ضرب استقر في العرف كيله أو وزنه فهذا فيه الربا على قوله في القديم والجديد معاً. وضرب استقر في العرف أنه غير مكيل ولا موزون كالرمان والسفرجل، والبطيخ، والقثاء، والبقول، فعلى قوله في القديم: لا ربا فيه ويجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ومتماثلاً، رطباً ويابساً، عاجلاً وآجلاً وعلى قوله في الجديد فيه الربا. فعلى هذا يمنع من التفاضل والنساء في الجنس الواحد منه.

ثم لا يخلو حال ما كان رطباً من المأكولات من الفواكه والبقول من أحد أمرين:

إما أن يكون أغلب منافعها فيحال يبسها وادخارها كالرطب الذي يصير تمراً، والعنب الذي يصير زبيباً، فلا يجوز أن يباع الجنس الواحد منه رطبه بيابسه، كما لا يجوز بيع التمر بالرطب حتى إذا صار يابساً مدخراً بيع بعضه ببعض يداً بيد.

وإما أن يكون أغلب منافعه في حال رطوبته كالرمان والسفرجل والبطيخ والبقول فقد

اختلف أصحابنا في جواز بيع بعضه ببعض رطباً.

فذهب أبو العباس إلى جواز بيع بعضه ببعض رطباً إذا اعتبر فيه التماثل بالكيل والوزن إلحاقاً باللبن الذي يجوز بيع بعضه ببعض قبل الادخار واليبس لأن أغلب منافعه في حال رطوبته. وذهب جمهور أصحابنا وهو الظاهر من منصوص الشافعي إلى أنه لا يجوز بيعه رطباً برطب ولا يابساً برطب حتى يصير يابساً مدخراً. لأن بعضه إذا يبس مختلف، والاعتبار فيه بالمنفعة وخالف الألبان والمائعات من الأدهان لأنها لا تيبس بأنفسها.

وكان أبو علي بن أبي هريرة يجعل مذهب أبي العباس قولاً للشافعي ويخرج المسألة على قولين:

أحدهما: جواز ذلك وهو المحكي عن أبي العباس تعلقاً بأن الشافعي قال في موضع من كتاب البيوع. ولا يجوز بيع البقل المأكول من صنفه إلا مثلاً بمثل فعلى هذا القول يعتبر فيه المماثلة: فإن كان ما يتجافى في المكيال كالبطيخ والرمان اعتبرت فيه المماثلة بالوزن، وإن كان مما لا يتجافى في المكيال كالنبق والعناب ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يعتبر فيه المماثلة بالوزن، لأنه أحصر من الكيل. **والوجه الثاني**: يعتبر فيه المماثلة بالكيل؛ لأنه المنصوص عليه في كتاب الأصل.

والقول الثاني: وهو الصحيح من المذهب والمشهور من قول الشافعي: إن بيع ذلك رطباً لا يجوز بجنسه فعلى هذا لا يجوز أن تباع رمانة برمانتين لظهور التفاضل، ولا رمانة برمانة لعدم التماثل لكن يجوز بيع رمانة بسفرجلتين يداً بيد لاختلاف الجنسين.

فصل

فأما ما يكون مأكوله فيجوفه كالجوز واللوز فلا يجوز بيع بعضه ببعض عدداً، ولا كيلاً، ولا وزناً لأن المقصود منه اللب، والقشر يختلف.

فإذا خرج عن قشره حتى صار لباً فرداً جاز بيع بعضه ببعض كيلاً إن كان مكيلاً ووزناً إن كان موزوناً، فأما مع اختلاف الجنسين فلا بأس به وإن كان في قشره. وهذا نص الشافعي.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا كَانَ مِنَ الأَدْوِيَةِ هُلَيْلِجِهَا وَبُلَيْلِجِهَا وَإِنْ كَانَتْ لاَ تُقْتَاتُ فَقَدْ تُعَدُّ مَأْكُولَةً وَمَشْرُوبَةً فَهِيَ بِأَنْ تُقَاسَ عَلَى الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ لِلْقُوتِ لأَنَّ جَمِيعَهَا فِي مَعْنَى الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ لِمَنْفَعَةِ الْبَدَنِ أَوْلَى مِنْ أَنْ تُقَاسَ عَلَى مَا خَرَجَ مِنَ المأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ مِنَ الْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهَا».

قال الماوردي: واعلم أن المأكولات قد تختلف جهات أكلها على أنواع ستة:

أحدها: ما يؤكل قوتاً كالبر والشعير، ويتبع هذا النوع التمر والزبيب. **والثاني**: ما يؤكل إدماً كالزيتون والبصل وقد يلحق بهذا النوع الألبان والأدهان. **والثالث**: ما يؤكل إبزاراً كالكمون والفلفل، وقد يدخل في هذا النوع الملح. **والرابع**: ما يؤكل تفكهاً كالرمان والسفرجل. وقد يضاف إلى هذا النوع الخضر. **والخامس**: ما يؤكل حلواً كالسكر والعسل. **والسادس**: ما يؤكل دواء كالإهليلج والبليلج فيجري الربا في جميعها حتى يجمع بين السقمونيا والبر في حصول الربا فيهما.

وإن كان البر يؤكل قوتاً عاماً والسقمونيا تؤكل دواء نادراً لوجود علة الربا فيهما على سواء. فما كان من هذه المأكولات مكيلاً أو موزوناً ثبت فيه الربا على العلتين معاً وما كان منه غير مكيل ولا موزون ثبت فيه الربا على علته في الجديد دون القديم وعليه يقع التفريع، وأما ما كان مأكول البهائم كالحشيش والعلف فلا ربا فيه لأن التعليل بالأكل متوجه إلى أكل الآدميين دون البهائم.

فأما ما يشترك في أكله الآدميون والبهائم فالواجب أن يعتبر فيه أغلب حالتيه. فإن كان الأغلب منهما أكل الآدميين ففيه الربا اعتباراً بأغلب حالتيه كالشعير الذي قد يشترك في أكله الآدميون والبهائم وأكل الآدميين له أغلب فثبت فيه الربا وإن كان الأغلب من حالتيه أكل البهائم فلا ربا فيه كالعلف الرطب الذي قد ربما أكله الآدميون عند تقديمه. وإن استوت حالتاه فكان أكل البهائم له كأكل الآدميين من غير أن تكون إحدى الحالتين أغلب. فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: لا ربا فيه لأن الصفة لم تخلص.

والثاني: فيه الربا وهو الصحيح لوجود الصفة وحصول الزيادة.

فصل

وإذا تقرر هذا الأصل فسنوضحه بالتفريع عليه وذكر ما اختلف أصحابنا فيه.

اعلم أن الريحان، والنيلوفر، والنرجس، والورد، والبنفسج، لا ربا فيها. لأنها قد تتخذ مشمومة إلا أن يريب شيء منها بالسكر أو بالعسل كالورد المعمول جلجبين فيصير فيه الربا لأنه صار مأكولاً. واختلف أصحابنا في ماء الورد. هل فيه الربا أم لا على وجهين:

أحدهما: لا ربا فيه اعتباراً بأصله. **والثاني**: فيه الربا لأنه قد يستعمل في الطعام مأكولاً. فأما العود، والصندل، والكافور، والمسك، والعنبر. فلا ربا في شيء منها لأنها

طيب غير مأكول. وأما الزعفران ففيه وجهان:

أحدهما: لا ربا فيه لأن المبتغى منه لونه كالعصفر. **والثاني**: فيه الربا لأنه مأكول وطعمه مقصود.

فأما الأترج والليمون والنارنج ففيه الربا؛ لأنه وإن كان طيباً ذكياً فهو مأكول والأكل أغلب حالتيه.

فأما العشار والأشج فلا ربا فيهما وكذلك الشيح لأنها تستعمل بخورا. وأما اللبان والعلك ففيهما الربا، لأن الأكل أغلب حالتيهما، وكذلك المصطكى.

وأما اللوز المر والحبة الخضراء والبلوط ففيها الربا، لأنها مأكولة وإن كانت مباحة النبت، وكذلك القثاء وحب الحنظل.

فأما القرطم وحب الكتان ففيهما وجهان:

أحدهما: أن فيهما الربا لأنهما قد يؤكلان.

والثاني: وهو أصح أنه لا ربا فيهما لأن الأغلب من أحوالهما عدم الأكل وإن أكلا نادراً. وأما الطين فإن كان أرمنياً ففيه الربا؛ لأنه يؤكل دواء وكذلك إن كان مختوماً. وإن كان من غير الأدوية كالطين الذي قد ربما أكله بعض الناس شهوة فلا ربا فيه لأن أكله ممنوع منه فصار أكله كأكل التراب.

فأما الأدوية التي لا تؤكل وإنما تستعمل من خارج البدن طلاء أو ضماداً، فلا ربا فيها لفقد الصفة. واختلاف أصحابنا في الصمغ فأثبت بعضهم فيه الربا ونفى عنه بعضهم الربا لأنه طلاء. وأما البذور التي لا تؤكل إلا بعد نبتها كبذر الجزر والبصل والفجل والسلجم ففيها وجهان:

أحدهما: فيها الربا لأنها فرع لمأكول وأصل لمأكول. **والثاني**: لا ربا فيها لأنها غير مأكولة في أنفسها فجرت مجرى العجم والنوى الذي لا ربا فيه. وإن كان فرعاً لمأكول وأصلاً لمأكول.

والوجه الأول أصح، بخلاف النوى، لأن النوى لا يؤكل بحال، وهذه البذور تؤكل، وإنما يؤخر أكلها طلباً لإكمال أحوالها كالطلع والبلح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَصْلُ الْحِنْطَةِ وَالتَّمْرِ الْكَيْلُ فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ الْجِنْسُ الْوَاحِدُ بِمِثْلِهِ وَزْناً بِوَزْنٍ وَلاَ وَزْناً بِكَيْلٍ لأَنَّ الصَّاعَ يَكُونُ وَزْنُهُ أَرْطَالاً وَصَاعَ دُونِهِ أَوْ

أَكْثَرَ مِنْهُ فَلَوْ كِيلاَ كَانَ صَاعٌ بِأَكْثَرَ مِنْ صَاعٍ كَيْلاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال. كل شيء فيه الربا إذا بيع بجنسه فالاعتبار في تماثله بالكيل والوزن عادة أهل الحجاز في زمن رسول الله ﷺ، فإن كان بالحجاز في زمن رسول الله ﷺ مكيلاً، كان أصله الكيل، فلا يجوز أن يباع بعضه ببعض إلا كيلاً. وما كان موزوناً كان أصله الوزن، فلا يجوز أن يباع بعضه ببعض إلا وزناً، ولا اعتبار بعادة غير أهل الحجاز ولا بما أحدثه أهل الحجاز بعد رسول الله ﷺ. وقال مالك: يجوز أن يباع ما كان مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ وزناً بوزن، كالتمر الذي قد جرت عادة أهل البصرة ببيعه وزناً، ولا يجوز أن يباع ما كان موزوناً كيلاً بكيل. وقال أبو حنيفة: أما الأربعة المنصوص عليها فلا يجوز بيع بعضها ببعض إلا كيلاً بكيل. ولا اعتبار بما أحدثه الناس من بعد، وأما ما سوى الأربعة فالاعتبار فيها بعادة الناس في بلدانهم وأزمانهم ولا اعتبار بالحجاز ولا بما كان في عهد رسول الله ﷺ.

فأما مالك فاستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْبُرّ بِالْبُرِّ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ». والتماثل معلوم بالوزن كما هو معلوم بالكيل.

قال: ولأن الوزن أخص من الكيل، فلذلك جاز بيع المكيل وزناً ولم يجز بيع الموزون كيلاً. وأما أبو حنيفة فاستدل بأن الأربعة منصوص على الكيل فيها فلم يجز مخالفة النص وما سوى الأربعة فالاعتبار فيه بالعادة. وعادة أهل الوقت أولى أن تكون معتبرة من أوقات سالفة وبلا مخالفة. لأن التفاضل موجود بمقادير الوقت. والدلالة على ذلك قوله ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ يَدَاً بِيَد». فنص على التساوي بالكيل فاقتضى ألا يعتبر فيه التساوي بالوزن لأنه قد يخالف ما أمر به من الكيل.

ولأنه قد يتساوى البر بالبر كيلاً ويتفاضلان وزناً، كما أنهما قد يتساويان وزناً ويتفاضلان كيلاً، والتفاضل فيه محرم، فلو اعتبر التساوي بالوزن لأن أخص لاقتضى ألا يعتبر التساوي بالكيل لأنه ليس أخص.

ولأنه ربما أدى إلى التفاضل في الوزن الذي هو أخص فلما جاز اعتبار التساوي فيه بالكيل وإن جاز التفاضل في الوزن، وجب ألا يجوز اعتبار التساوي بالوزن لجواز التفاضل في الكيل، ولو كان مخيراً في اعتبار التساوي فيه بالكيل والوزن لكان مخيراً بين أن يجري عليه حكم التماثل فيحل أو يجري عليه حكم التفاضل فيحرم. وهذا متناقض. وأما أبو حنيفة فالدلالة عليه ما روى طاوس عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَة، وَالْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّة». وليس هذا القول إخباراً منه بانفراد

المدينة بالمكيال ومكة بالميزان. لأن مكيال غير المدينة وميزان غير مكة يجوز التبايع به واعتبار التماثل فيه، فعلم أن مراده عادة أهل المدينة فيما يكيلونه وعادة أهل مكة فيما يزنونه.

ولأنه لو أحدث الناس عادة في الدراهم والدنانير أن يتبايعوها عدداً لم يجز أن يكون العدد معتبراً في بعضها ببعض اعتباراً بما كانت عليه في الحجاز من قبل. وكذا الأربعة التي قد ورد فيها النص، لو خالف الناس فيها العادة لم يجز أن يكون الحادث رافعاً لسالف العادة فوجب أن يكون ما سوى ذلك معتبراً في تماثله بسالف العادة. وتحرير ذلك علة أنه جنس يحرم فيه التفاضل فوجب أن يكون اعتبار التماثل فيه بالمقدار المعهود على زمن الرسول ﷺ كالذهب والفضة والأشياء الأربعة. وهذه علة تعم مالكاً وأبا حنيفة وفيها انفصال عما استدلا به.

فصل

فإذا ثبت أن اعتبار المكيل والموزون بما كان على عهد رسول الله ﷺ مكيلاً أو موزوناً لم يخل حال الجنس الذي فيه الربا من أحد أمرين:

إما أن يكون معروف الحال على رسول الله ﷺ أو مجهول الحال. فإن كان معروف الحال راعيت فيه ما عرف من حاله. فإن كان مكيلاً جعلت الكيل فيه أصلاً ومنعت من بيعه وزناً. وإن كان موزوناً جعلت الوزن فيه أصلاً ومنعت من بيعه كيلاً. فعلى هذا قد كانت الحبوب على عهده مكيلة، والأدهان مكيلة، والألبان مكيلة، وكذلك التمر والزبيب وإن كان مجهول الحال أو كان من مأكل غير الحجاز راعيت فيه عرف أهل الوقت في أغلب البلاد فجعلته أصلاً. فإن كان العرف وزناً جعلت أصله الوزن، وإن كان العرف كيلاً جعلت أصله كيلاً.

وإن لم يكن للناس فيه عرف غالب فكانت عادتهم تستوي في كيله ووزنه فقد اختلف فيه أصحابنا على أربعة مذاهب:

أحدها: تباع وزناً لأن الوزن أخص. **والثاني**: تباع كيلاً لأن الكيل في المأكولات نص. **والثالث**: أنه يعتبر بأشبه الأشياء به مما عرف حاله على عهد الرسول ﷺ فيلحق به لأن الأشباه متقاربة. **والرابع**: أنه مخير فيه بين الوزن والكيل لاستواء العرف فيه.

فصل

إذا كانت ضيعة أو قرية يتساوى طعامها في الكيل والوزن، ولا يفضل بعضه على بعض

بما قد عرف من حاله أن التماثل فيه بالكيل فقد اختلف أصحابنا.

هل يجوز بيع بعضه ببعض وزناً. على وجهين: **أحدهما**: لا يجوز لما فيه من مخالفة النص وتغيير العرف. **والثاني**: يجوز ويكون الوزن فيه نائباً عن الكيل للعلم بموافقته كما كان مكيال العراق نائباً عن مكيال الحجاز لموافقته في المساواة بين المكيلين.

فصل

إذا تبايعا صبرة طعام بصبرة طعام جزافاً ثم كيلا من بعد فوجدتا سواء كان البيع باطلاً لأن الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل، ولو تبايعا على المكايلة والمماثلة صح البيع.

فإن كانتا سواء لزم العقد ولا خيار لواحد منهما. ولو فضلت إحدى الصبرتين على الأخرى ففيه قولان:

أحدهما: بطلان العقد لأن العقد يتناول جميع الصبرتين مع ظهور التفاضل.

والقول الثاني: جواز العقد لاشتراط التماثل. فعلى هذا يأخذ صاحب الفضل زيادته ويكون لصاحب الصبرة الناقصة الخيار في فسخ البيع لتفريق الصفقة أو إمضاء البيع بمثل صبرته.

مسألة: قال: وَلا يجوزُ بيعُ الدقيقِ بالحنطةِ عندَ الشافعي رضيَ اللّهُ عنه.

لا يجوز بيع الحنطة بدقيقها بحال لا متفاضلاً ولا متماثلاً لا كيلاً ولا وزناً، وبه قال حماد والثوري وأبو حنيفة. وروي ذلك عن الحسن ومكحول والحكم وهو زوائد عن أحمد. وقال مالك وربيعة والليث وابن شبرمة يجوز ذلك، وروي ذلك عن النخعي وقتادة. وقال أحمد في الرواية الثانية وإسحاق: يجوز ذلك وزناً وبه قال الأوزاعي، وقال أبو ثور: يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لأنهما يختلفان في الاسم وهذا باطل فإن أنواع الجنس يختلف اسمها وكلها اسم جنس واحد. وكذلك بيع اللحم بالحيوان لا يجوز ويختلف اسمها ولابد لجنس فيه الربا زال هنا الإدخار كخل التمر لا يجوز بيعه بالتمر. واحتج مالك رحمه اللّه بأن الدقيق نفس الحنطة وإنما تفرقت أجزاؤها فصار كالحنطة الرخوة، والحنطة الهلكة واحتج [٦/أ١] أحمد بأن الكيل يختلف فيهما والوزن يحضرهما فيجوز بالوزن وهذا لا يصح لما ذكرنا من العلة والأصل فيها الكيل فلا يجوز بيعها وزناً بالبعض فيها. واعلم أن الطيب بن سلمة قال فيه قول آخر للشافعي: أنه يجوز ذلك كما قال مالك وحكاه الكرابيسي عن الشافعي فقيل: قولان، وقال أكثر أصحابنا: المسألة على قول واحد أنه لا يجوز ولم يوجد في شيء من كتبه جوازه وقد قال الكرابيسي: قال أبو عبد اللّه: يجوز ذلك فيحتمل أنه

أراد مالكاً وأحمد فإنه يكني كل واحد منهما أبا عبد الله.

فرع

يجوز بيع دقيق الحنطة بالشعير وبدقيق الشعير لأنهما جنسان.

فرع آخر

بيع دقيق الحنطة بدقيقها لا يجوز نص عليه في القديم والجديد وهو المشهور لأنه يجوز أن يكون أحدهما أنعم من الآخر ولأنهما أزيلا عن حالة الإدخار ونقل البويطي والمزني في المنثور عن الشافعي أنه قال: يجوز ذلك وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الناعم منه بالناعم والخشن منه بالخشن. [١ب/٦]

فرع آخر

بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق.

فرع آخر

لا يجوز بيع الحنطة بالسويق ولا الدقيق بالسويق ولا السويق بالسويق لما ذكرنا من العلة وفيه زيادة فساد وهي أن النار تدخل في أجزائه فيأخذ من بعضها أكثر من بعض وكذلك لا يجوز بيع الحنطة بالخبز لما مضى وزيادة وهي: أن أصل الحنطة الكيل فلا يجوز وزناً ولأنه بيع دقيق وملح بدقيق وملح، وكذلك لا يجوز بيع الحنطة بالفالوذج لأنه بيع حنطة بنشاء وعسل ودهن، وكذلك لا يجوز بيع الجريش بالجريش ولا الحنطة المقلية بالمقلية وغير المقلية، وكذلك لا يجوز بيع الحنطة المبلولة بغير المبلولة ولا المبلولة، لأن الحبات تنفخ بالبلل فيؤثر ذلك في الكيل. وقال مالك وأبو يوسف: يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلاً ورواه أبو يوسف عن أبي حنيفة. وروي عنه تجوز متساوياً وفي رواية الأصل قال: لا يجوز بحالٍ. واحتجوا بأن السويق بالصفة صار جنساً آخر وهذا غلط لأن الدقيق بالطحن لا يصير جنساً آخر [٢أ/٦] وكذلك السويق، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يجوز بيع الحنطة بالخبز أيضاً.

فرع آخر

لا يجوز بيع الخبز بالخبز رطباً لما ذكر من العلة وقال أحمد: يجوز إذا تماثلا في الوزن لأن معظم منفعتهما في حال رطوبتهما كاللبن باللبن وهذا لا يصح لأن أكمل أحوال اللبن حال كونه لبناً وأكمل الأحوال هاهنا حين كان حياً فيعتبر التساوي في تلك الحالة ولا

يمكن ذلك هاهنا.

فرع آخر

لو كانا يابسين فإن لم يكن مدقوقاً لا يجوز وإن كان مدقوقاً بأن جعله كعكاً ثم دقه قال في عامة كتبه: لا يجوز لعدم التساوي كيلاً حال كونهما بُرَين ولأنه بيع بُرّ وملح ببُرّ وملح. وقال في «حرملة»: يجوز لأنَ ذلك حالة كمال وإدّخار أيضاً فيباع كيلاً ولا يمتنع أن يكون الشيء الواحد حالتان للإدخار كالعنب يدخر زبيباً وخّلاً، وأما الاختلاط بالملح فلا يضر لأنه لا يظهر في الكيل ويصير الملح صفة فيه والمذهب الأول. قال القفال رحمه الله: ولا يحتمل غير هذا [٢ب/٦]على المذهب ولعل ذاك قول مرجوع عنه قال أصحابنا وعقد الباب فيه على ما ذكر الشافعي في الصرف كل ما عمل من الأثمان يجوز بيعه بالأثمان وكل ما عمل من المأكول لا يجوز أصله فالدبس لا يباع بالعنب وبالتمر، والدقيق لا يباع بالحنطة وما يعمل من اللبن لا يباع باللبن. والفرق أن المصوغ من الذهب لا يستحيل بالصياغة بل هو ذهب على ما كان وما يتخذ من المطعوم يستحيل عن صفته.

مسألة: قال: ولا بأسَ بخلِّ العنبِ بعضه ببعض[1].

بيع خل العنب بخل العنب يجوز متماثلاً وكذلك العصير بالعصير لأنه أجزاء متقاربة ويخالف بيع الدقيق بالدقيق ولأن للعنب حالتين في الإدخار إذا صار زبيباً وإذا صار عصيراً فيجوز بيع بعضه ببعض في كلتا الحالتين وعلى هذا يجوز بيع العصير بالخل لأنهما مدخران وهذا لأن العصير إذا صار خلاً لا يظهر فيه نقصان كالتمر الحديث بالعتيق، وفيه وجه آخر لا يجوز لأن أحدهما على حالة الإدخار دون الآخر [٣أ/٦] وإن كان فيهما ماء أو في أحدهما ماء لا يجوز، ولا يجوز بيع العصير والخل بالعنب لأن العصير الذي في العنب قد يزيد عليه وقد ينقص منه فيؤدي إلى التفاضل. وأما خل الزبيب بخل الزبيب لا يجوز قولاً واحداً لأنه ينقع في الماء وهل يجري الربا في الماء؟ وجهان والأصح أن فيه الربا فإن قلنا بهذا يجوز أن يقل الماء في أحدهما ويكثر في الآخر فيكون بيع الماء بالماء متفاضلاً والخل بالخل متفاضلاً أيضاً لأن الماء إذا تفاضل تفاضل الخل أيضاً، وإن قلنا الربا في الماء لا يجوز لمعنى واحد وهو تفاضل الخلين لقلة الماء في أحدهما وكثرته في الآخر.

وإن باع خل الزبيب بخل العنب لا يجوز لأنهما جنس واحد وفي أحدهما ما تجوز أيضاً وإن كان فيهما ما فيه وجهان مبنيان على جريان الربا في الماء وكذلك خل الزبيب

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/ ١١١).

بخل الرطب لأن فيهما ماء وهما جنسان وظاهر قول الشافعي هاهنا فإذا اختلف الجنسان فلا بأس دَلَّ على أنه لا ربا في الماء وأما خل الرطب بخل الرطب لا يجوز بحال كخل [٣ب/ ٦] تقطع به العلقة بينهما وإذا تفرقا عن علقة بينهما بطل العقد الذي من شرطه التقابض ثم إذا كالا بعد التفرق فخرجا متفاوتين فالزيادة لا تدخل في العقد، وهل يصح في القدر الذي تساويا فيه؟ وجهان: أحدهما يجوز لأنه قابل الصاع بالصاع وقد تساويا، والثاني: لا يجوز لعلتين إحداهما أنه قابل الصبرة بالصبرة وهما متفاوتتان، والثانية: أن الكيل في بعض المكايلة من تمام التسليم وقد تفرقا قبله فبقيت على ما ذكرناه وإن خرجتا متماثلتين فيه وجهان أيضاً بناء على العلتين فإن قلنا بالعلة الأولى فلا تفارق هاهنا، وإن قلنا بالعلة الثانية فقد وجدت هاهنا وعلى هذا لو كانا في المجلس فكيلتا فخرجتا متساويتين يصح وإن خرجتا متفاوتين فوجهان بناء على العلتين.

ولو كانت إحدى الصبرتين صغيرة فقال: بعتك بما تقابلها من الكبيرة يصح بشرط أن يكيلا في المجلس فإن تفرقا من غير كيل فعلى الوجهين. ولو قال: بعتك هذه الصبرة بصبرتك كل صاع بصاع فإن كانتا جنساً واحداً [٤أ/ ٦] فقد ذكرنا وإن كانتا جنسين فخرج أحدهما ناقصاً يقال لمن نقص صبرته: أترضى بترك الفضل لصاحبك؟ فإن رضي فلا كلام وإن لم يرض يقال لصاحب الفضل: أترضى بإعطاء الفضل؟ فإن أبىٰ فسخ البيع حينئذ وهذا لأنه يجوز فيه التفاضل ولهذا لو قال: بعتك هذه الصبرة بتلك الصبرة جزافاً جاز لهذا المعنى وقيل إن عند مالك يجوز بيع خل التمر بخل التمر إذا تحرىٰ فيه خلال بصير بصنعته وأخبر أن ما في أحدهما من الماء مثل ما في الآخر وإياه أراد الشافعي في قوله ولا خير في التحري. الفصل.

مسألة: قال: ولا خيرَ في مدٍّ عجوةٍ ودرهمَ بمدي عجوة.

جملته: أن كل جنس فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل بسواء خالصاً لا يكون معه غيره فإن كان كل واحد من العوضين أو مع أحدهما من غيره فالبيع باطل فلا يجوز بيع ثوب ودرهم بدرهمين ولا ثوب ودينار بدينارين ولا ثوب وقفيز حنطة بقفيزين، ولا مد عجوة ودرهم بمدي عجوة ولا [٤ب/ ٦] بدرهمين ولا بمد عجوة ودرهم، ولا سيف محلى بفضة بفضة ولا محلى بذهب بذهب ولا خاتم فضة فصُّهُ من غيره بفضة وإن كان مع كل واحد منهما أو مع أحدهما من جنسه ولكنه نوع آخر لا يجوز أيضاً مثل دينار قاشاني ودينار نيسابوري بدينارين نيسابوريين ولا مد عجوة ومد صيحاني بمدي صيحاني أو مد صيحاني ومد عجوة ولا بيع درهم صحيح ودرهم مكسر بدرهمين صحيحين أو مكسرين أو درهم صحيح ودرهم مكسر، ولا يجوز بيع رديء بجيدين ولا برديئين وبه قال مالك: ذكر

في «الموطأ» وشريح والنخعي وإسحاق وهكذا قال أحمد إلا في الجنس الواحد فإنه قال يجوز أن يبيع دينارين مختلفين بدينارين متفقين ومكسوراً وصحيحاً بمكسورين أو صحيحين لأن الصنعة لا قيمة لها في الجنس الواحد وقال أبو حنيفة: يجوز كل ذلك حتى لو باع ديناراً في خرقة بألف دينار جاز فيكون الدينار بالدينار والباقي بمقابلة الخرقة.

وقال بعض أصحابنا: نحن بخراسان إذا باع درهماً صحيحاً ودرهماً مكسوراً بدرهمين صحيحين يجوز لأنه يجعل كأن [٥أ/٦] صاحب الصحيح حابى لصاحبه بقدر ما في صحيحه من زيادة القيمة وقال هذا القائل فإن بالغ كل واحد منهما في المماكسة فلا محاباة حينئذ فلا يجوز وهكذا قال في جيد وردي بجيدين وهذا التخريج غير صحيح على أصل الشافعي لأن أصله أن الصفقة إذا اجتمعت في أحد الشقين شيئين مختلفي القيمة فما في الجانب الآخر تتوزع عليهما في طريق القيمة ألا ترى أنه لو اشترىٰ شِقصاً وسيفاً بألف درهم فأراد الشفيع أخذ الشقص بالشفعة فلا بد من توزيع الألف على قيمة السيف وقيمة الشِقْص حتى يظهر ما يخص قيمة الشقص من المسمى في العقد فيأخذ الشفيع بتلك الحصة حقه من الشفعة فكذلك إذا باع مد عجوة قيمته درهمان ومع المد درهم آخر بمدي عجوة قيمة كل واحد منهما درهمان فلا بد من التوزيع وإذا وزعنا فلا بد من إبطال العقد لأن المد الذي يساوي درهمين في جانب الدرهم إذا وزعنا على المدين اللذين في الجانب الثاني وقف بإزاء ثلثي المدين وذلك مد وثلث لأن المد الذي مع الدرهم [٥ب/٦] قدر ثلثي مال هذا الجانب فيقابل ثلثي مال ذلك الجانب والثلث وهو الدرهم يقابل الثلث وهذا بيع تمر بتمر متفاضلاً وهذا المعنى موجود في بيع درهم صحيح ودرهم مكسر بدرهمين صحيحين.

واعلم أنه لم يَخْفَ على أبي حنيفة ما يؤدي إليه التوزيع الذي ذكرنا ولكنه أصّلَ لنفسه في هذا العقد أصلاً بخلاف أصول البيع لئلا يفسد العقد وهذا محض التحكم على الشرع وكان من الواجب أن ينص المتعاقدان على ما يؤدي إلى الصحة عند العقد فيقول بعت منك المد بالمد والباقي بالدرهم حتى يصح ذلك ويكون كعقدين، فلما أطلق وجب علينا أن يبطل العقد إذا كان بخلاف أصول الشرع فإذا تقرر هذا، قال الشافعي في تعليل هذه المسألة: حتى يكون التمر بالتمر مثلاً بمثل وظاهره يقتضي جواز البيع في صورة واحدة وهي أن يبيع عجوة قيمته درهم مع درهم بمدي عجوة قيمة كل واحد منهما درهم لأنَّا إذا وزعنا الدرهم على المدين خص كل مد نصف درهم وإذا وزعنا المد الذي مع الدرهم خص كلّ [٦أ/٦] مد من المد الموزع نصفه فيصير بيع مد قيمته درهم نصف مد ونصف درهم فيقف المد بإزاء نصف المد ولا يؤدي إلى التفاضل في الصورة الأولى.

قال الإمام أبو محمد الجُوَيني: سمعت بعض من رجعت إليه نوبة العصر من أئمة

أصحابنا يجوز هذا البيع ويحتج بتعليل الشافعي وعندي أنه لم يسبق إلى هذا التخريج والذي عليه عامة أصحابنا قديماً وحديثاً أن البيع باطل هاهنا أيضاً لأصل آخر سوى المفاضلة، وذلك أن التحري في مسائل الربا ممنوع كما نص عليه قبل هذه المسألة والتقويم ضرب من التحري لأن المُقوّم ربما يخطئ وربما يصيب وربما يخطئ خطأ يسيراً وقد يختلف تقويم المقومين وقد تختلف الأسواق في البلدان فهذه المماثلة مستدركة بطريق التحري ولا يكفي ذلك في مسائل الربا.

وقال القاضي الإمام الطبري في «المنهاج»: لا يختلف المذهب أنه يجوز في هذه الصورة إذا تحققنا المماثلة وهو الصحيح وقد يتحقق ذلك إذا اجتنينا من شجرة واحدة بحيث تتحقق المساواة ولا [٦ب/٦] مجال للتحري في ذلك بوجه والتشكيك في مثل هذا الموضع نوع من الوسواس واللّه أعلم. وهذا أصح عندي وهكذا في درهم صحيح ودرهم مكسّر بدرهم صحيح ودرهم مكسّر إذا تحققنا المساواة.

فرع

لو باع داراً فيها صفائح الذهب بالذهب فإن أمكن جمع شيء بعينها لا يصح العقد وإن لم يمكن يصح العقد وكذلك لو كان الذهب فيهما.

فرع آخر

لو باع داراً فيها صفائح الذهب بفضة فهو صرف وبيع هل يصح؟ قولان. فإذا قلنا: لا يصح لا بد من تسليم الدار وما يقابل الصفائح من البدل في المجلس وما يقابل الدار لا يعتبر قبضه في المجلس.

فرع آخر

إذا باع داراً فيها صفائح الذهب بدار فيها صفائح الفضة يمكن جمعها، وقلنا يصح لا بد من قبض الدارين في المجلس لأن قبض ما عليهما يكون بقبض الدارين.

فرع آخر

الشفيع إذا أراد أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لا بد أن يسلم قدر ما يقابل الصفائح في المجلس ويسلم [٧أ/٦] الدار؛ لأن حكم الشفعة حكم المعاوضات وإنما سقط فيه اعتبار الرضا لدفع الضرر.

فرع آخر

لو باع صاعاً جيداً بصاع رديء يجوز لأنه إذا وزع قابل نصفه نصفه وثلثه ثلثه فلا يؤدي إلى التفاضل في الكيل كيف ما زاد الأمر ولا يراعي القيمة إذا لم يجمع الصفقة في أحد الشقين شين.

فرع آخر

لو لم يكن بين العوضين ربا الفضل بل كان بينهما ربا النسيئة فجمع بين أحد العوضين وبين جنس غيره ما لا ربا فيه يخرج على القولين في الصفقة التي تجمع عقدين مختلفي الحكم كصرف وبيع قولين للشافعي، وصورة المسألة أن يبيع صاع حنطة وثوباً بصاع شعير ثم التقابض إنما يجب في الشعير وفي القدر الذي تقابله من الحنطة فأما في الباقي فلا يجب لأنه حنطة قابلت ثوباً وكذلك إذا باع سيفاً محلًّى بعضه بدنانير، فيه قولان لأنه صرف وبيع.

مسألة: قال: وكل زيتٍ ودهنٍ ولوزٍ وجوزٍ لا يجوزُ من الجنسِ الواحدِ إلا مثلاً بمثل[(١)].

نص الشافعي هاهنا على [٧ب/٦] أن الأدهان أجناس مختلفة فجوز التفاضل بين دهن اللوز وبين دهن الجوز وبين الزيت ودهن السمسم ونص في الخلول والألبان أيضاً: أنها أجناس مختلفة ولدى الأدقة والثمار وفي اللحمان علق القول ومال إلى أجناس غير أنه فَرّع على كلا القولين فيه وتفصيل ذلك أن يقول: لا يختلف أصحابنا في الأدقة والثمار أنها أجناس قولاً واحداً. وقيل: ذكر في حرملة أن الأدقة والأخباز جنس واحد وهذا لا يحكى لأنه لا وجه له ولم يختلفوا في اللحمان أيضاً على قولين وأما الخلول والأعصار والأدهان فمن أصحابنا من جعل فيها قولاً واحداً أنها أجناس ومنهم من جعل فيها قولين.

وأما الألبان فأكثر أصحابنا على أن فيها قولين كاللحمان والمعنى في الألبان واللحمان أنها متولدة من أصول لا ربا فيها وقد جمعها اسم خاص في أول دخولها في الربا حتى لا يتميز البعض عن البعض إلا بالإضافة فصار أنواع اللحمان والألبان كأنواع التمور والأعناب والحنطة فإن القصيل لا ربا فيه فإذا صار حباً فاسم [٨أ/٦] جميع أنواع الحنطة خاص وإنما يعرف بعضها عن بعض بالإضافة واللعب فيقال: حنطة شامية وحنطة ميسانية كذلك يقال: لحم البقر ولحم الغنم ولحم الإبل ولبن البقر ولبن الإبل بخلاف اسم الثمار فإنه وإن كان اسماً جامعاً فلكل واحد اسم خاص فلهذا صارت أجناساً.

---

(١) انظر «**الحاوي**» (١١٦/٥).

وأما الخلول والأدهان فاسم الخل جامع ولكن قبل أن صارت خلولاً فلها أصول مختلفة يجري فيها الربا بخلاف الحيوانات فإنها وإن كانت أجناساً مختلفة فليس فيها ربا فلم يظهر اختلاف أجناسها في حكم الربا.

وأما الأدقة فإنها عين الحنطة والشعير وهما مختلفان وليس بشيء تولد منهما واستخرج كاللبن واللحم حتى يحتمل أن يجعل جنساً واحداً والدقيق بمعنى المدقوق فكأنا نقول: حنطة مدقوقة وشعير مدقوق ومن أراد أن يفصل بين الألبان واللحمان فيجعل الألبان أصنافاً قولاً واحداً واللحمان في أحد القولين صنفاً واحداً فرق بأن اللبن يثبت فيه حكم الربا وهو في أصوله المختلفة فإن في اللبن في ضرع البقر والغنم [٨ب/٦] ربا إذ لا يجوز بيع اللبون باللبن اعتباراً لحكم الربا فإذا ثبت لها حكم الربا وهي مختلفة لكونها كامنة في الأصول المختلفة لم يجز أن يصير بالحلاب صنفاً واحداً واللحم لا ربا فيه ما دام في أصله فجاز أن يجعل صنفاً واحداً ولا خلاف أن السمن مع سائر الأدهان جنسان لأن اسم الأدهان لا يقع على السمن.

وأما سمن البقر والغنم فيجب أن يكون على قولين كالألبان، وإذا تقرر هذا قال أصحابنا: الأدهان على أربعة أضرب: دهن يعد للأكل ودهن يعد للدواء ودهن يعد للطيب ودهن يعد للاستصباح، فأما الذي يعد للأكل كالزيت والشيرج وزيت الفجل ودهن الجوز وحب الصنوبر ونحوها يجري فيها الربا. وقد قال الشافعي: ودهن الصنوبر والخردل والحب الأخضر كلها مأكولة بعد استخراجها ومأكولة الأصل قبل استخراجها ففيها الربا لأنها إن كانت معتبرة بأنفسها فهي مأكولة فلم تخل في كلا الحالين من ثبوت الربا فيها ويجوز بيع بعضها ببعض من جنسه متماثلاً وإن مست النار أصول بعضها لأنها [٩أ/٦] قد بلغت حالة الادخار، ولا يختلف أصحابنا في شيء من ذلك إلا الشيرج فإن المذهب أنه يجوز بيع بعضه ببعض متساوياً.

وقال أبو إسحاق: لا يجوز بيع بعضه ببعض أصلاً لأنه شيرج وماء وملح وهذا غلط لأن الماء لا يمازج الدهن وكذلك الملح بل يبقيان في الكسبة ويخلص الشيرج عنها ويبقى فيه طعم الملح لا عينه وذلك لا يؤثر، ولو باع جنساً بجنس آخر يجوز على ما ذكرنا ولا خلاف في ذلك إلا في زيت الزيتون وزيت الفجل، فإن الشافعي نص فيه على قولين، أحدهما: أنهما جنسان لأنهما مختلفان أحدهما من شجر والآخر من نبات، ويخالف أحدهما صاحبه في الطعم واللون والريح وهذا أشهر وأصح لأن الشافعي قال: وقد يعصر من الفجل دهن يسمى زيتاً وهو مباين للزيت.

والثاني: أنها جنس واحد لأنه يجمعهما اسم الزيت ويحتمل أن هذين القولين مأخوذان من القولين في اللحمان ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ولا بيع الشيرج بالسمسم المدقوق ويجوز بيع الدهن بالكسبة لأنهما جنسان، وقال بعض أصحابنا: لا يجوز [٩ب/٦] لأنها لا تنفرد عن الدهن وإن قلَّ، فإن كان فيها دهن فلا يجوز وإن لم يبق فيها الدهن فعلى ما ذكرنا يجوز.

وأما الدهن الذي يعد للدواء كدهن اللوز المر ودهن الخِرْوع وحب المشمش يجري فيه الربا لأنه مأكول ولكنه دواء كالسقمونيا.

وأما الدهن الذي يعد للطيب مثل دهن الورد ودهن البنفسج والياسمين، اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: لا ربا فيه لأنه لا يعد للأكل بل يقصد رائحته وطيبه ويستعمل طلاء ومنهم من قال: فيه الربا وهو الأصح لأنه يستخرج وهو مأكول وإذا طُيِّب لا يخرج من أن يكون مأكولاً ولكن يعد بما هو أعلى من الأكل فهو كالزعفران. فإذا قلنا هذا يجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً وهذا إذا طرح على السمسم ورداً أو بنفسجاً حتى يطيبه ثم يُمَيَّز عنه ويكرر ذلك ويطحن بعده فالرائحة فيه رائحة مجاورة لا مخالطة والدهن خالص فأما إذا طبخ مع الورد والبنفسج فلا يجوز بيع بعضه ببعض أصلاً لأنه يختلط به أجزاء الورد والبنفسج وقيل: هذا الدهن لا يؤكل عرفاً ولكنه مستخرج من أصل مأكول ففي أحد [١٠أ/٦] الوجهين لا ربا اعتباراً بأصله وعلى هذا يجوز بيع دهن الورد بدهن البنفسج والشيرج متماثلاً لأن الأصل واحداً وإنما تختلف رائحتهما ولونهما.

وقال أصحاب أبي حنيفة: يجوز متفاضلاً إذا اختلف طيبه فيجوز دهن الورد بدهن الخيري والبنفسج متماثلاً[1] لأن مقصودهما يختلف ويجوز أيضاً بغير الطيب متفاضلاً وهذا غلط لأنه فروع لأصل واحد فيه الربا فصارت كالأدقة من أنواع الحنطة فإن قيل أليس كل واحد منهما يختص باسم قلنا أصل الكل من السمسم والاسم الخاص يجمع الكل وهو الدهن.

وأما الدهن الذي يعد للاستصباح كالبزر ودهن السمك، قال أبو حامد: لا ربا فيه لأنه يؤكل نشفها كالطين وقال غيره فيه وجهان، أحدهما: لا ربا فيه لأنه يعد للسراج لا للأكل، والثاني: فيه الربا وهو ظاهر المذهب لأنه مأكول يستخرج من حب الكتان وهو مأكول يشرب دهنه طرياً ويقلى به السمك ولا فرق بين ما يستبعد طعمه وبين ما لا يستبعد كما لا

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٥/ ١١٧).

فرق بين الأقوات والأدوية التي تتناول نادراً وهذا اختيار [١٠ب/٦] القاضي الطبري قال: ويجب أن يكون في دهن الطتر وهي الحوت التي بطبرستان وجهان.

وقال في «الحاوي»: هل يجري الربا في حب الكتان والقرطم؟ وجهان، فإن قلنا: لا ربا فيهما، لا ربا في دهنهما وإن قلنا فيهما الربا ففي الربا في دهنهما وجهان، لأن الأصل مأكول والفرع غير مأكول ولذلك دهن السمك من أصل مأكول ولكنه في نفسه غير مأكول ففيه وجهان. قال: ولو كان الدهن من أصل غير مأكول ولكنه بعد استخراجه مأكول كدهن حب القرع فيه وجهان، أحدهما: فيه الربا اعتباراً لنفسه، والثاني: لا ربا فيه كدهن البان والكافور.

مسألة: قال: ولا يجوزُ من الجنسِ الواحدِ مطبوخاً بنيىءٍ منه.

الكلام الآن في العصير من الأشياء كعصير العنب والرمان والسفرجل وقصب السكر، كل واحد من هذا جنس بانفراده على الصحيح من المذهب، وقيل: يجوز بيع الدبس بالخل لأنهما اختلفا في الاسم والصورة والطبع فإذا باع عصيراً بعصيرٍ لم يخل من أحد أمرين. فإما: أن يكونا جنسين أو جنساً [١١أ/٦] واحداً، فإن كانا جنسين جاز متفاضلاً ومتماثلاً سواء كانا نيئين أو مطبوخين أو كان أحدهما نيئاً والآخر مطبوخاً، وإن كانا من جنس واحد كعصير العنب بعصير العنب نُظِر فإن كانا نيئين جاز لأن معظم منفعته في هذه الحالة، وإن كانا مطبوخين لم يجز لأن عمل النار يختلف فيهما فيؤدي إلى التفاضل وكذلك إذا كان أحدهما مطبوخاً لم يَجُز لأن النار نقصته فيؤدي إلى التفاضل وليس كجفاف التمر لأن له غاية ينتهي إليها بخلاف الطبخ وعلى هذا يجوز بيع اللحم القديد بالقديد ولكن لا يجوز بالمطبوخ، وأما ما يطبخ للتمييز ويكون له غاية لا يمنع من التماثل كالسمن يطبخ للتمييز فيميز المختص وله غاية في الطبخ لا يجاوزها فيجوز بيع بعضه ببعض فإن زيد على ذلك حتى انعقدت أجزاؤه لا يجوز حينئذ بيع بعضه ببعض. وإن قل انعقاده وأخذ النار منه، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه إذا دخل النار فيهما لا يجوز بيع بعضه ببعض كما لو دخل النار في الزيت وهذا غلط والفرق ظاهر. [١١ب/٦] وأما السكر والفانيذ قال أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض وهو الصحيح لأن النار عقدته، والثاني: يجوز لأن انعقاده غاية معلومة بخلاف الناطف والدبس وهو اختيار أكثر أصحابنا بالعراق، والصحيح أن يقال: إن دخلت النار فيهما لتعيينهما وتمييزهما من غيرهما وهو الغالب فيما نشاهد يجوز وإن دخلت لانعقادهما واجتماع أجزائهما لا يجوز وكذلك دبس التمر ورب الفواكه ذكره في «الحاوي» قال القفال: ولهذا جوز بعض أصحابنا السَلَم في الخبز لأن لطحنه غاية ينتهي إليها حتى لو زيد لفسد.

فرع

في بيع الدبس بالدبس وجهان لأن للنار فيه غاية يعرفها أهل الصنعة كالسكر بالسكر سواء.

فرع آخر

السكر بالفانيذ إن كان أصلهما مختلف يجوز وإن كان أصلهما واحد فيه وجهان، فإذا تقرر هذا أخل المزني بالنقل هاهنا فقال: إذا كان إنما يدخر مطبوخاً، ولا مطبوخاً منه بمطبوخ، وقوله إذا كان إنما يدخر مطبوخاً [١٢أ/٦] لا يصلح لتعليل المسألة الأولى ولا لتصويرها ولا فائدة في هذه اللفظة وهي توهم جواز البيع في المطبوخ بالني إذا كان لا يدخر مطبوخاً وليس كذلك، والشافعي حيث ذكر هذه المسألة سوى بين المنظوم والمفهوم فلم يفصل بين ما يدخر مطبوخاً وبين ما لا يدخر مطبوخاً وأبطل البيع في الجميع، وقيل: عبارة الشافعي: ولا يجوز في الجنس الواحد مطبوخاً منه بني بحالٍ ولا مطبوخ طبخ ليدخر بمطبوخ فنقل المزني هذا فقدم بعض كلامه وأخر بعضه وعطف على المسألة الأولى، وقيل: معنى ما نقل المزني وإن كان إنما يدخر مطبوخاً.

مسألة: قال: ولا يباعُ عسلُ نحلٍ بعسلِ نحلٍ إلا مُصفيين[1].

إذا باع عسل نحل بعسل نحل لا يخلو إما: أن يكون مُصَفّى أو غير مُصفى فإن لم يكن مُصفى فيباع الشهد بالشهد فالبيع باطل لمعنيين، أحدهما: ما ذكر الشافعي وهو أنه عسل بعسل مجهول لأن الشمع يقل فيه ويكثر، والثاني: [١٢ب/٦] أنه بيع عسل وشمع بعسل وشمع فهو كبيع مد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم، فإن قيل: أليس بيع التمر بالتمر يجوز وإن كان فيه النوى ولذلك يجوز بيع اللحم باللحم، وإن كان مع العظم فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن الشمع مقصود ويأخذ قسطاً من الثمن ورب موضع يكون الشمع فيه أعز من العسل، والنوى والعظم فهما غير مقصودين فلا يأخذان قسطاً من الثمن كقشر الجوز واللوز لأن في بقاء النوى والعظم صلاحاً وليس في تنقية الشمع صلاح العسل فافترقا، وإن كانا معينين من الشمع نُظر فإن صفي بالشمس جاز بلا خلاف لأنها لا تعقد الأجزاء وإن صفي بالنار فقد ذكرنا الخلاف والمذهب ما ذكرنا، لأن الشافعي لم يفصل بين التصفية بالشمس أو النار وإن كان في أحدهما شمع وفي الآخر مصفى من الشمع لم يجز لأن العسل متفاضل ولو بقي بعض الشمع فيهما أو في أحدهما لم يجز أيضاً فإن قيل أليس لو باع اللبن باللبن

---

(١) انظر «**الحاوي**» (١١٨/٥).

يجوز ويشتمل ذلك على المخيض والسمن؟ قلنا: المخيض والسمن مطعومان واللبن [١٣أ/ ٦] بمجموعة طعام على حدته فلا يعتبر بحالة أخرى حتى يقال: هما مطعومان مخلوطان بخلاف الشهد فإذا تقرر هذا أخل المزني رحمه اللّه بالنقل حيث قال: لأنهما لو بيعا وزناً وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم وهذا غلط ظاهر لأنهما إذا بيعا وأحدهما غير مصفى كان معلوم المفاضلة فلا معنى لقوله: غير معلوم وإنما يستقيم هذا التعليل في الشهد بالشهد لأنهما بما فيهما من الشمع غير معلوم المماثلة والشافعي ذكر هناك هذا فاستعمل علة أحد المسألتين في الآخرى ثم قال: وكذلك لو بيعا كيلاً أي يفترق الكيل والوزن في هذه المسائل التي ذكرناها في العسل حيث جوزنا وحيث أبطلنا لأنهما نوعان من المقدار يستدرك بكل واحد منهما المماثلة والمفاضلة وهذا اللفظ يدل على تصحيح أحد الوجوه في فرع تقدم ذكره وهو إذا لم يعلم للشيء معيار معهود في عصر الرسول ﷺ [١٣ب/ ٦] إذا أردنا بيع بعضه ببعض فما معياره؟ فيه أوجه وقيل إن الشافعي قال: في الصرف فإن كان أصل العسل الكيل بيع كيلاً وإن كان أصله الوزن بيع وزناً فيوقف فيه، وقال: في موضع آخر الوزن في العسل والسكر والسمن أحوط فنص على الوزن وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: أصل العسل الكيل فلا يباع بعضه ببعض إلا كيلاً. وقيل: أراد الشافعي قوله لأنهما لو بيعا وزناً إذا انعقد لبرد الهواء وغلظ حتى لا يمكن كيله فيباع حينئذ وزناً فأما إذا أمكن دقه وكيله لا يباع إلا كيلاً وهو قريب من قول أبي إسحاق والمذهب المنصوص ما تقدم.

فرع

عسل الطبرزد وعسل القصب جنس واحد وهما من قصب السكر وهل يجوز بيع بعضه ببعض على ما ذكرنا في السكر ويجوز بيعهما بعسل النحل كيف شاء متماثلاً ومتفاضلاً لأنهما جنسان فإن قيل: هلا قلتم العسل كله صنف واحد للاشتراك في الاسم قلنا: قال الشافعي: وإطلاق العسل ينصرف إلى عسل النحل وإن كانت العرب [١٤أ/ ٦] تسمي كل حلو عسلاً ولهذا قالوا للحديث الحلو والوجه الحسن معسول، وقالوا للجماع عسيل قال النبي ﷺ في المطلقة ثلاثاً: «حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[1]، فإذا لم يشاركه في إطلاق الاسم لم يساوه في هذا الحكم.

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات، باب شهادة المختبي (٢٦٣٩)، ومسلم في النكاح باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره (١٤٣٣) والترمذي في النكاح عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر (١١١٨).

فرع آخر

المشمش مع سائر الأعناب جنس واحد والتمر الهندي مع التمر المعروف جنسان لاختلافهما في الطعم والطبع والمقصود والصورة، وكذلك الجوز المعروف مع الجوز الهندي، وحكى ابن القطان وجهاً آخر أنهما جنس واحد لأن الاسم يشمل الكل.

فرع آخر

البطيخ المعروف والبطيخ الآخر الذي يقال له الهندي فيه وجهان، أحدهما: جنس واحد للاسم، والثاني: جنسان لاختلافهما في المقصود والصورة.

فرع آخر

بيع الشمع بالشهد يجوز لأن الشمع ليس من مال الربا ولو باع بالعسل أولى أن يجوز.

مسألة: قال ولا خيرَ في مد حنطةٍ فيها قَصَل [١٤ب/٦] أو زَوَان بمدِ حنطةٍ لا شيء فيها من ذلك.

القَصَل: عقد التبن، والزوان: حب دقيق الطرفين غليظ الوسط أصغر من الطعام يقال له بالفارسية أحجم وهو الذي يسكر آكله فلا يجوز بيع الحنطة بمثلها وفي أحدهما أو فيهما شيء من ذلك لأنه يأخذ من المكيال موضعاً فيؤدي إلى التفاضل في الحنطة. وإن كان فيهما قليل من تبن أو تراب جاز لأنه لا يأخذ قسطاً من المكيال فإنه يحصل في شقاق الحنطة وفي الخلل الذي يكون بينهما فإن الحنطة دقيقة الطرفين غليظة الوسط، فإذا حصل حبّ بجنب حبّ حصل المكان خالياً فيحصل التراب فلهذا جاز ويفارق الموزون إذا كان في الفضة تراب لم يجز وإن قل لأن الميزان يأخذ قسطاً منه وإن قل وكذلك إذا باع الزعفران بالزعفران وزناً وفي إحدى الكفين يسير تراب لا يجوز البيع وإذا تقرر هذا أخل المزني بالنقل فقال في علة هذه المسألة: لأنها حنطة بحنطة متفاضلة ومجهولة. وقوله: متفاضلة هو التعليل في [١٥أ/٦] هذه المسألة فلا معنى لقوله ومجهولة لأن الجهالة لا تأثير لها مع تعين المفاضلة وإنما يحسن ترادف هاتين العلتين بعد تقديم الصورتين فكان ينبغي أن يذكر فساد البيع إذا كان القَصَل في أحدهما ثم تذكر فساد البيع إذا كان القصل فيهما ثم نعطف على المسألتين فنقول: لأنها حنطة بحنطة متفاضلة ومجهولة فتنعطف إحدى العلتين على إحدى الصورتين، والثانية على الثانية وهذا قريب مما وقع له في مسألة العسل وقول الشافعي: لا خير فيه أراد التحريم وكنا نتوهم أن هذه اللفظة له حتى وجدنا لمالك في مسائل الربا فتوهمنا له حتى وجدنا لرسول الله ﷺ استعملها في مثل هذه المسائل.

مسألة: قال: ولبنُ الغنمِ ماعزهِ وضانيه صنف.

الفصل

نص الشافعي هاهنا أن الألبان أجناس مختلفة وقد ذكرنا ذلك فعلى هذا يجوز أن يباع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً وبكل ما يتخذ من لبن الغنم، وأما [١٥ب/٦] لبن الضأن والمعز فصنف واحد كما أن الضأن والمعز صنف واحد، وكذلك لبن الإبل نجاتها وعرابها صنف واحد ولبن غنم البري وهي الظبا صنف آخر سوى لبن غنم الأهلي، وإذا قلنا الألبان صنف واحد وهو قول مالك وأحمد فكل لبن يشرب من أي حيوان كان فكله صنف واحد فإذا تقرر هذا فبيع اللبن باللبن جائز في الجملة على ما ذكرنا، فإن قيل: أليس لا يجوز بيع الرطب بالرطب عندكم فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن معظم منفعته في غير هذه الحالة وهي عند كونها تمراً وهاهنا معظم منفعته في هذه الحالة لأنه يصلح لجميع ما يتخذ من اللبن فإذا صرف إلى جهةٍ مخصوصةٍ لا يمكن ذلك فجرت هذه الحالة مجرى حالة الادخار في التمر، أو نقول: الرطوبة هناك ليست من مصلحته ولا حافظة لمنفعته بخلاف الرطوبة في اللبن، أو نقول: الرطب يصير على هيئة الادخار بنفسه لأنه لو ترك في نحله تساقط هو بنفسه بعد ما يصير [١٦أ/٦] تمراً فقبل ذلك لا يجوز بيع بعضه ببعض لأنه قبل حالة الإدخار بخلاف اللبن.

فإذا تقرر هذا فبيع اللبن الحليب يجوز لأنه لبن خالص. وكذلك يجوز بيع الرائب بالرائب وهو اللبن الذي حصل فيه قليل حموضة لأنه لبن خالص. وكذلك يجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وإن كان فيهما أو في أحدهما ما لا يجوز وإن مسه نار فإن كان للتسخين يجوز وإن أغليا أو أحدهما لا يجوز. ولا يجوز بيع اللبن بشيء مما يتخذ من اللبن لا متماثلاً ولا متفاضلاً، وقيل: الذي يتخذ من اللبن سبعة أشياء الزبد والسمن والمخيض واللبأ والأقط والمصل والجبن وزاد بعض أصحابنا الشيراز والزخبين والكشك والطبيخ والكواميخ، وأما الزبد باللبن لا يجوز قال الشافعي: لأن الزبد شيء من اللبن يريد بذلك أصله ولا يجوز بيع ما استخرج من شيء بأصله، كما لا يجوز بيع الشيرج بالسمسم.

وقال أبو إسحاق: العلة فيه أن الزبد شيئاً من اللبن فيكون بيع لبن معه شيء آخر بلبن وذلك لا يجوز. [١٦ب/٦] كما لا يجوز بيع درهم ومد عجوة بمدي عجوة فإن قيل: فيجب أن لا يجوز بيع لبن بلبن لأنه لبن وزبد بلبن وزبد قيل: إنما يتعلق به حكم الربا إذا تميز فأما قبل التميز فلا حكم له كالسمسم بالسمسم يجوز وإن كان في كل واحدٍ منهما شيرج وسمسم، وإن كان بيع الشيرج بالسمسم لا يجوز. وأما بيع السمن باللبن لا يجوز لعلّة

الشافعي وهي: أن السمن شيء من اللبن وعلة أبي إسحاق تقف هاهنا لأنه لا يجوز هذا وإن لم يكن في السمن شيء من اللبن فدل على بطلان علته، وأما بيع المخيض باللبن وهو اللبن الذي استخرج منه الزبد ويسمى الدوغ لا يجوز لأن في اللبن مخيضاً ولأنه مستخرج منه.

وقال: قال الشافعي في «الأم»[1]: ولا خير في بيع الحليب بالمضروب لأن في المضروب ماء فإن كان يطرح فيه ماء فهذا معنى آخر يمنع البيع والمضروب هو المخيض، وأما اللبا باللبن لا يجوز لأن أصله الكيل واللبأ المعمول للأكل لا يكال ولأن النار قد عقدت أجزاءه فيؤدي إلى التفاضل. وأما الأقط والمصل والجبن وسائر ما ذكرنا [١٧أ/ ٦] لا يجوز باللبن لمعاني أحدها أن أصله الكيل فلا يباع وزناً ولأن النار قد اختلف عملها في أجزائه فيؤدي إلى التفاضل ولأنه قد خالطه غيره فإن المصل قد خالطه ملح وكذلك الأَقِط والجبن خالطه ملح وأَنفَحة وكذلك الرخين والكِشك والكامِخ وأما ما يتخذ منه إذا باع بعضه ببعض فإن باع الزِبد بالزبد لا يجوز لأن المقصود منه السمن الذي فيه وذلك مجهول التماثل لقلة اللبن في أحدهما وكثرته في الآخر نص عليه الشافعي فيما نقله القاضي أبو حامد ومن أصحابنا من قال فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لما ذكرنا، والثاني: يجوز لأن اللبن في الزبد يسير غير مقصود فهو كالنوى في التمر وصار كبيع السمن بالسمن يجوز، قال صاحب «الحاوي»: وهو الأصح عندي. وأما السمن بالسمن قال الشافعي: يجوز بيعه وزناً أحوط وهذا لأنه لا يخالطه غيره ولو كان جامداً.

قال في «الحاوي»: فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن أصله الكيل ولا يمكن، والثاني: يجوز لأن الكيل فيه متعذد والوزن أحصر وهذا خلاف ما ذكرنا [١٧ب/ ٦] في النص. وأما اللبأ باللبأ والأقِط بالأقِط والجبن بالجبن لا يجوز لأن أصله الكيل ولا يمكن فيه ولأن النار قد اختلف عملها فيه. قال القاضي الطبري: الجبن بالجبن لا يجوز لأن فيهما أنفحة فيؤدي إلى التفاضل ولا يجوز بيع الجبن بالمصل أيضاً لهذا ولكن بيع المصل بالمصل لنا لا يجوز لأنه لا يمكن كيلهما فإن دقًا جميعاً حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه باللبن أيضاً وهذا عندي إذا لم يخالطه ملح فإن خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا فلا خلاف. وقال في «الحاوي»: إن كان الجبن طرياً لا يجوز وإن كان يابساً فيه قولان: أحدهما: يجوز رواه حرملة وهذا إذا تناهى بيبسه فيباع بالوزن لصحة المماثلة فيه وإنه غاية اللبن التي ينتهي إليها وهو اختيار أبي إسحاق، والثاني: رواه الربيع وهو الأصح

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ٣٢٣).

لا يجوز واختلفوا في العلة فقال ابن سريج: العلة أن أصله الكيل وقد تعذر وقال، غيره: لأن فيه أنفحة يعمل بها فيمنع التماثل فيه فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار ناعماً يجوز على قول ابن سريج وعلى قول غيره لا يجوز. وأما بيع نوع بنوع آخر إما الزبد بالسمن [١٨أ/٦] لا يجوز لأنه بيع بثمن ولبن بسمن، وأما بيع السمن بالمخيض يجوز لأنه ليس في السمن مخيض ولا في المخيض سمن.

وأما بيع الزبد بالمخيض قال الشافعي: يجوز لأنه قال: فإذا أخرج منه الزبد وصار مخيضاً يجوز بيعه بزبد وسمن وقال أبو إسحاق: لا يجوز ذلك على مقتضى تعليله وهو أن في الزِبْد شيئاً من اللبن ونص الشافعي على جوازه فدل على فساد تعليل أبي إسحاق. قال أبو حامد: أجاب الشافعي بهذا ظناً منه أنه لا لبن في الزبد وليس كما ظن فإن الزبد لا ينفك من اللبن فلا يجوز وهذا قياس المذهب وأجاب أصحابنا بأن الشافعي إنما قال: إذا لم يكن فيه اللبن ظاهراً وذلك القدر يسير لا يتبين إلا بالنار والتصفية فلا حكم له، وقال القفال: المذهب ما نص عليه لأن المقصود من الزبد السمن والمخيض ليس من جنس السمن إذا كان منزوع الزبد فهما جنسان مختلفان وهكذا ذكر القاضي الطبري فيجوز متفاضلاً وعلى هذا يجوز بيع الدهن بالكبد لأنهما جنسان كالسمن بالمخيض وأكثر ما في هذا الباب أن اللبن الذي فيه يأخذ جزء من الوزن [١٨ب/٦] فيصير الزِبْد باللَبَن غير متماثلين وهذا لا يضر لأن بيع اللبن المنزوع زبده بالزبد جزافاً جائز قال: وخرجت على هذا أن بيع الحنطة التي فيها شعيرات بالحنطة التي فيها شعيرات أخذت جزءاً من الكيل فتجهل المماثلة وكذلك لا يجوز بيع الحنطة الخالصة بالحنطة التي فيها شعيرات لهذا المعنى، وأما بيع حنطة فيها شعيرات بالشعير يجوز لأن المقصود هو الحنطة والحنطة والشعير مختلفان والشعيرات التي فيها غير مقصودة وهذا مثل بيع الدنانير بالدراهم وكانت في الدراهم حبات سمسم أو قليل تراب لم يضره لأن المماثلة فيه غير معتبرة وبمثله لو باع الوَرِق بالوَرِق أو الذهب بالذهب وفي أحدهما حبات سمسم أو قليل تراب لا يجوز وأصحابي يخالفوني كثيراً في هذه المسألة غير أنها وأمثالها لا تخرج إلا على هذا الأصل الذي أصلت.

وقال الشيخ أبو محمد الجويني في «المنهاج المختصر»: الذي في الزبد قليل فلا حكم له كما لوباع حنطة لا شعير فيها بحنطة فيها حبات شعيرٍ قليلة يجوز وهذا خلاف ما ذكر القفال وهو الأصح، وعلى ما ذكرنا [١٩أ/٦] قال أصحابنا: بيع الدقيق بالنخالة الصافية عن الدقيق تجوز لأنهما جنسان والنخالة ليست من مال الربا، وأما بيع اللبا بالأقط أو الجبن أو بالمصل لا يجوز بحالٍ لما ذكرنا.

فرع

لو باع الكسبة بالكسبة حكي عن ابن أبي هريرة أنه يجوز وزناً إذا استخرج الدهن[١] وقال غيره: لا يجوز لأن أصله الكيل وقد تعذر ويختلف عصره فربما يبقى الدهن في أحدهما أكثر ولأن في الكسبة ماء وملحاً لا يمكن استخراج الدهن إلا بهما.

فرع آخر

لو باع العلس بالعلس لا يجوز إلا بعد الإخراج من قشرته وكذلك لا يجوز بيع العلس بالحنطة ولكن يجوز بيعه بالشعير لأنهما جنسان يجوز فيهما التفاضل.

فرع آخر

بيع الأرز بالأرز قبل إخراجه من القشر العليا لا يجوز كالعلس، وأما قبل إخراجه من القشرة الثانية الحمراء، قال بعض أصحابنا: لا يجوز أيضاً لأنه كالعلس ونصابه عشرة أوسق كالعلس. وقال جماعة أصحابنا: هذه القشرة اللاحقة به تجري مجرى أجزاء الأرز لأنه يؤكل [١٩ب/٦] ويطحن معها وإنما يخرج منها ناهياً في استطابته كما تخرج النخالة من الحنطة ولا يمنع ذلك بيع الحنطة بالحنطة ونصابه في الزكاة خمسة أوسق كالحنطة مع قشرتها الحمراء ذكره في الحاوي وهذا القول الثاني هو الصحيح عندي ولا يحتمل الوجه الآخر والصحيح أنه يجوز الأرز في قشرته العليا أيضاً لأنها من صلاحه ويدخر معها وكذلك الباقلي بالباقلاء في قشره يجوز وهو المذهب.

فرع آخر

بيع الحنطة المسوسة بالمسوسة ولم يبق في واحد منهما لب يجوز لأنه نخالة فإن بقي قليل لب لا يجوز وكذلك لو باع المسوس بالصحيحة.

مسألة: قال ولا خيرَ في شاةٍ فيها لبنٌ بلبن يقدرُ على حَلْبِهِ[٢].

الفصل

في هذا الكلام تقديم وتأخير أي: لا خير في شاة في ضرعها لبن يقدر على حلبه بلبن، ثم اعلم أنه لا يجوز هذا البيع لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطاً من اللبن المقابل

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٥/ ١٢٣).

(٢) انظر «**الحاوي**» (٥/ ١٢٣).

للشاة ولا بد من تقويم [٢٠أ/٦] واللبن لتوزيع الثمن عليهما فصار كبيع مد عجوة ودرهم بمدي عجوة وإنما قلنا كذلك لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطاً من الثمن بدليل خبر المصراة حيث جعل رسول اللّه ﷺ بدل اللبن صاعاً من تمر ولأن اللبن في الضرع كاللب في الجوز لأن صاحبه يستخرجه متى شاء ولهذا قال ﷺ: «لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه أيحب أحدكم أن تؤتى خزانته فينتشل ما فيها»[١]، فلما لا يجوز بيع لب الجوز بالجوز للجهل بالتماثل بين اللّبّين كذلك هاهنا لا يجوز. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع لب الجوز بالجوز إذا كان اللب الخارج أكثر لتقابل الزيادة القشر وكذلك يجوز بيع اللبن باللبون إذا كان اللبن الخارج أكثر على هذا التقدير.

قال الشافعي: وليس كالولد لا يقدر على استخراجه ليس أنه يحتاج إلى فرق بين اللبن والحمل في أمر الربا لأنه لا ربا في الحمل ولكن كان قائلاً قال له: جعلت للابن قسطاً من الثمن حتى أثبت فيه الربا ولم يجعل [٢٠ب/٦] للحمل قسطاً من الثمن في أحد القولين ففرق بأن الحمل لا يقدر على استخراجه فجاز أن يجعل كالمعدوم ما لم يخرج وهذا مقدور عليه، فإن قيل: لو كان للبن قسط من الثمن لما جاز بيع شاة فيها لبن أصلاً لأنه بيع مجهول ومعلوم صفقة واحدة وأجمعنا على جوازه بغير اللبن كما لا يجوز بيع شاة ولبن في قدح مغطى بدينار وقلنا: الفرق أن اللبن في الضرع مستور بما فيه مصلحته فجاز بخلاف ما لو كان في القدح وهو كبيع الجوز بجوز فإن كان اللب مستوراً بخلاف ما لو كان مستوراً بغير القشر فلأن اللبن في الضرع تبع للشاة تدخل في البيع بالإطلاق بخلاف ما لو كان في القدح والجهل بالبائع لا يضر كالجهل بأساس الدار.

فرع

لو باع شاة في ضرعها لبن أو بقراً أو إبل فإن قلنا: الألبان[٢] صنف واحد لا يجوز على ما ذكرنا وإن قلنا: الألبان أصناف يجوز كما لو باعها بدراهم.

فرع آخر

لو كان هذا البيع نسيئة فهو أفسد البيع أقول: ربا على ربا وإن كان التي في ضرعها لبن مذبوحة فالحكم [٢١أ/٦] فيها كما لو كانت حية بل أفسد لأنها قد صارت لحماً وفيه

---

(١) أخرجه أبو عوانة في «مسنده» (٤/ ١٨٣).

(٢) العبارة في «الحاوي» كما يلي: فأما إذا باع شاة في ضرعها لبن ببقرة في ضرعها لبن ففيه قولان... (٥/ ١٢٥).

الربا فكأنه باع لبناً ولحماً بلبن.

فرع آخر

لو لم يكن في ضرعها لبن جاز بيعها بلبن لأنهما عينان لا ربا في إحداهما فهو كبيع الشاة بالتمر، وقال في كتاب حرملة: لو حلب بلبنها ثم بيعت بلبن في الحال جاز لأن ذلك القدر الذي فيها من اللبن يسقط حكمه في البيع كما لو باع داراً مسقفاً بذهب يجوز لأن ذلك كالمستهلك ومفهوم قوله هاهنا: يقدر على حلبه يدل على هذا لأن هذا القدر لا يقدر على حلبه ولا يمكن استقصاء اللبن بالحلاب، وهو كما لو قال: واللّه لأشربن ماء هذه الأداوة فشرب وغادر بللاً يسيراً برّ في يمينه لأنه عاجز عن انتشاف بلل الأداوة بالشرب.

فرع آخر

لو باع شاةً مذبوحة مسلوخة لا لبن فيها بلبن فلا شك في الجواز لأنها جنسان.

فرع آخر

لو باع شاة فيها لبن بشاة فيها لبن فالمذهب أنه لا يجوز، وبه قال عامة أصحابنا. وقال أبو الطيب بن سلمة: يجوز كما يجوز بيع دار فيها ماء بدار فيها ماء وكما يجوز بيع [٢١ب/٦] سمسم بسمسم وإن كان في كل واحدٍ منهما شيرج وكسبة وهذا غلط لأنه لا يجوز بيع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة وكذلك لا يجوز بيع لبن في إناء بلبن في إناء على أن يدخل الإناءان في البيع وأما بيع دار فيها ماء بدار فيها ماء، قال عامة الأصحاب: يجوز لأنه لا ربا في الماء وهو المذهب، وإن قلنا في الماء ربا، فإن كان محوزاً في الحباب فهو مملوك بلا خلاف ولا يجوز هذا البيع خوف التفاضل وإن كان الماء في البير، قال بعض أصحابنا: هو مملوك أيضاً فلا يجوز إلا أن يكون الماء ملحاً غير شروب فيجوز لأنه لا ربا فيه، وقال جمهور أصحابنا وهو ظاهر المذهب: إنه لا يُملك إلا بالأخد وكذلك ماء العين وإنما يكون لمالك البير منع غيره من التصرف في بيره أو نهره فإن حازه الغير ملك والذي يدل على هذا أن من اشترى داراً فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لا يلزمه غرم الماء بالإجماع بخلاف لبن الضرع، وأيضاً يجوز لمستأجر الدار استعماله ولو كان على ملك صاحب الدار لم يجز ذلك [٢٢أ/٦] فعلى هذا يجوز البيع في هذه المسألة.

فإن قيل: أليس لو اشترى داراً وفيها بير لا ماء فيها له ردها بالعيب فدلّ أن الماء يملك بالعقد قلنا: إنما قلنا كذلك لأن الدار تصير معيبة بجفاف البير فيردها بالعيب لا لأجل أن الماء مملوك وهو في البير، وقيل: إذا باع داراً في بيرها ماء فإن لم يكن للماء قيمة في

ذلك البلد لا يجعل للماء حكماً ولكن يدخل في العقد تبعاً، وإن كان للماء قيمة لا يدخل الماء الموجود في البيع إلا بالشرط فإن شرط فإن كان قدر الماء معلوماً بالعرض والعمق يجوز، وإن كان مجهولاً لا يجوز ففي مسألتنا إن لم يكن للماء قيمة يجوز وإن كان للماء قيمة ونصا عليه من الجانبين فهو مبني على أن في الماء ربا أم لا على ما ذكرنا.

فإن قيل: أليس تسقطون حكم الجهالة في اللبن للتبعية؟ فأسقطوا فيه حكم الربا للتبعية، قلنا: حكم الربا يثبت مع التبعية كما في الثمرة غير الموبرة إذا باعها مع النخلة بمثلها لم يَجُز، وأما بيع السمسم بالسمسم إنما جاز لأن الشيرج الذي فيه لا يأخذ قسطاً من الثمن [٢٢ب/٦] بخلاف اللبن وقيل: الفرق أن السمسم بالسمسم بيع شيرج بشيرج والكسب فيه غير مقصود كالنوى في التمر وهاهنا اللبن والشاة مقصودان.

فرع آخر

لو باع دجاجة فيها بيض ببيض، قال أصحابنا: لا يجوز وجهاً واحداً لأنه معتبر وهو موجود في جوفها.

وقال في «الحاوي»: فيه قولان مخرجان من القولين في الحمل هل له قسط من الثمن أو هو تبع لأن البيض كالحمل فإن قلنا: أخذ قسطاً من الثمن لا يجوز لأن بيع البيض بالبيض لا يجوز على قوله الجديد، وإن قلنا: بيع يجوز، وعلّل والدي الإمام رحمه اللّه لهذا القول بأنه كالمستهلك ما دام في جوفها.

مسألة: قال: وكلٌّ مَا لَمْ يجزْ التفاضلُ فيهِ فالقسمُ فيهِ كالبيع[1].

هذا جواب على أظهر قوليه وأجراهما على القياس وهو أن القسمة بيع لإفراز حق. وبه قال أبو حنيفة: ووجهه أن كل جزء من الدار مشترك بينهما فعند الاقتسام يصير كأن كل واحد منهما باع ما في يد شريكه من نصيبه بما في يده من نصيب [٢٣أ/٦] شريكه، ومن قال إنها إفراز حق احتج بأنها لو كانت تبعاً ما صحت بالقرعة ولا استحقت الشفعة بها ولا افتقر إلى لفظ البيع وهذا اختيار أبي حامد فإذا تقرر هذا ففائدة الخلاف في فصلين أحدهما في جنس فيه الربا يجوز بيع بعضه ببعضه كالبر والشعير فلا يجوز قسمتها وربا إذا قلنا بيع، وإن قلنا إفراز حق يجوز بالوزن، والثاني في جنس فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعنب فهل يجوز قسمتها قولان بناء على هذين القولين.

---

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/ ١٢٦).

وأما قسمة الثمار على رؤوس الأشجار فقد تقدم حكمها في كتاب الزكاة وقيل إنما اختلف قول الشافعي في هذا الاختلاف قوله في خرص رسول الله ﷺ ثمار المدينة هل كان لمعرفة قدر الزكاة أو لإقرار حقوق أهل السهمان، فإن قلنا: خرصها لمعرفة قدر الزكاة فيها وإنما كان إفراز الحق تبعاً لمعرفتها لا تجوز قسمة الثمار خرصاً وتكون القيمة بيعاً وإن قيل: خرصها [٢٣ب/٦] كان لإفراز حق أهل السهمان جاز قسمة الثمار خرصاً وكانت القسمة إفراز حق وتمييز نصيب.

فرع

لو كانت الصبرة بينهما نصفين فاقتسما أخذ هذا قفيزاً وهذا قفيزاً، ولا يجوز لأحدهما أن يستوفي كل حقه منهما ثم يكتال للآخر ما بقي لجواز أن يتلف الباقي قبل أن يكتال الشريك الآخر ولأنهما استويا في الملك فيستويا في القبض.

فرع آخر

لو اتفقا على المبتدئ منهما بأخذ القفيز الأول جاز ولو لم يتفقا أقرع بينهما في أخذه ويكون استقرار ملك الأول على ما أخذه موقوفاً على أن يأخذ الآخر مثله فلو أخذ الأول قفيزاً فهلكت الصبرة يرد نصف القفيز.

فرع آخر

قبضهما بالكيل وحده دون التحويل بخلاف البيع والفرق أن المبيع مضمون على بائعه باليد فاعتبر في قبضه التحويل نرفع اليد فيسقط الضمان وليس في القسمة ضمان يسقط بالقبض بل هو موضوعه [٢٤أ/٦] للإجازة وبالكيل دون التحويل تقع الإجازة.

فرع آخر

لو تقابضا بعض الصبرة ولم يتقابضا باقيها حتى افترقا صحت القسمة فيما تقابضا قولاً واحداً وكانت الشركة بينهما فيما بقي على الإشاعة.

فرع آخر

إذا قلنا: القسمة إفراز حق والشيء مما يتماثل أجزاؤه كالحبوب جاز أن ينفرد أحدهما بأخذ حصته عن إذن شريكه بخلاف الثياب فإن هناك يحتاج إلى الاجتهاد والنظر في طلب الأحظ فلم يجز أن ينفرد بالقسمة وإن أذن الشريك بخلاف هذا ولو انفرد أحد الشريكين بأخذ حقه من غير إذن شريكه فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز لأن لشريكه حق الإشاعة فلا

يسقط إلا بالإذن، والثاني: يجوز له لأنه لو استأذنه لم يكن له أن يمنعه فجاز أن لا يستأذنه إذا استوفى قدر حقه منه ذكره في «الحاوي»، وعندي الأصح الوجه الأول. وإن قلنا: القسمة بيع لا يجوز أن ينفرد أحدهما بحال لا بالإذن [٢٤ب/٦] ولا بغير الإذن لأنه لا يجوز ذلك في البيع.

فرع آخر

لو مات رجل وخلف كلاباً ففي قسمتها وجهان، أحدهما: يقسم بالتقويم للضرورة كما يقوم الحر في معنى الحكومة للضرورة، والثاني: يقسم بالعدد.

فرع آخر

الدار إذا كان نصفها ملكاً ونصفها وقفاً مشاعاً فإن قلنا: القسمة إفراز حق، يجوز قسمتها، وإن قلنا: إنها بيع فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز لأن الوقف لا يقبل البيع وهو القياس، والثاني: يجوز، والمصلحة في هذا وبه أُفتي لأنها لو تركناها شائعة بين وقف وملكٍ تداعى ذلك إلى الخراب عند التنازع وإذا ميزنا الوقف عن الملك أقبل كل مستحق على عمارة حصته.

مسألة: قال: ولا يجوزُ بيعُ ثمرٍ برطبٍ بحالٍ.

بيع الرطب بالتمر على وجه الأرض لا يجوز بحال وكذلك كل ثمرة رطبةٍ بيابسها كالعنب بالزبيب والخوخ الرطب بالمقدد ونحو ذلك وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن [٢٥أ/٦] المسيب ومالك والليث وأبو يوسف ومحمد وأحمد وإسحاق. وقال أبو حنيفة وحده: يجوز واحتج الشافعي بما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ سأل عن شرى التمر بالرطب فقال: «أينقص الرطب إذا يبس، قالوا: نعم»[١]، فنهىٰ عن ذلك وروي أنه قال: فلا إذاً، وروي عن زيد بن أبي عياش أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن بيع البيضا بالسلت فقال له سعد: أيهما أفضل فقال: البيضا فنهى. وقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شرى التمر بالرطب وذكر الخبر[٢]، قال الشافعي: نظر رسول الله ﷺ إلى المتعقب في اعتبار المماثلة فلما علم أنه ينقص في تلك الحالة أبطل البيع. وقيل: البيضا

---

(١) أخرجه النسائي في البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب (٤٥٤٥).

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٥)، وأبو داود في البيوع، باب في التمر بالتمر (٣٣٥٩)، وابن ماجه في التجارات باب بيع الرطب بالتمر (٢٢٦٤)، وأحمد في «مسنده» (١٥٤٧).

نوع من البر أبيض اللون وفيه رخاوة تكون ببلاد مصر، والسلت نوع من غير البر وهو أدق حباً منه، وقيل: البيضا هو الرطب من السلت وهذا القول أليق بمعنى الحديث وعلته لأنه بين موضع النسيئة من الرطب بالتمر، وإذا كان الرطب منهما جنساً واليابس جنساً آخر [٢٥ب/٦] لم يصح التشبيه ذكره الخطابي في «غريب الحديث». وقوله: «أينقص الرطب إذا يبس»؟ لفظه لفظ الاستفهام ومعناه التقرير و التنبيه على علة الحكم لأنه لا يخفى ذلك على رسول الله ﷺ. وروى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمر بالتمر وعن بيع العنب بالزبيب كيلاً وعن الزرع بالحنطة كيلا»[1].

فرع

لو باع التمر الحديث بالتمر العتيق قال بعض أصحابنا: يجوز لأن النقصان يسير فيعفى كقليل التراب في الكيل وهذا لا يصح، والتحقيق أنه ينظر فيه فإن كان إذا جفّ تاماً ينقص وزنه ولا تتقلص جثته فلا يظهر في الكيل يجوز لأنه لا اعتبار بالوزن فيه، وإن كان تتقلص جثته ويظهر ذلك في الكيل لا يجوز.

مسألة: قال: وكذلك لا يجوزُ بيعُ رطبٍ برطبٍ.

لا يجوز بيع الرطب بالرطب عندنا، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد والمزني: يجوز ذلك وهذا غلط لأنهما لا يتماثلان حالة الإدخار والمماثلة معتبرة [٢٦أ/٦] في تلك الحالة فإن قيل: التفاوت يقلّ هاهنا فيجب أن يجوز كما في الحديث بالحديث، قيل: الفرق أن تفاوت الرطبين قد يتفاوت كتفاوت التمر والرطب وربما ينقص عنه قدر الثلث إذا صار تمراً ويفارق الحديث بالحديث لأنهما وإن نقصا فيما بعد فهما في أول حالة الإدخار سواء والنقصان الذي يحصل فيما بعد نقصان غير بين.

فرع

لو باع الطلع بالرطب أو التمر فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يجوز لأنه لم ينعقد بيع القصيل بالحنطة، والثاني: لا يجوز لأن نفس الطلع يصير رطباً أو تمراً أو نفس القصيل لا يصير حنطة بل تنعقد فيه الحنطة، والثالث: وهو الأصح إن كان من طلع الفحول جاز كالقصيل لأنه لا يصير رطباً وإن كان من طلع الإناث لم يجز لأنه يصير رطباً.

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١٥٤٢)، وأبو داود في البيوع، باب في المزابنة (٣٣٦١).

فرع آخر

لا ربا في البقول على القول القديم وعلى القول الجديد فيها الربا فإن كانا جنسين كالهندبا والنعناع يجوز بيع أحدهما بالآخر نقداً كيف شاء، وإن كانا جنساً واحداً [٢٦ب/ ٦] كالهندبا بالهندبا، قال الشافعي: لا يجوز وقال ابن سريج: فيه قول آخر أنه يجوز لأنه معظم منفعته في حال رطوبته كاللبن باللبن وهذا أبلغ لأنه لا يؤول إلى صلاح بحال بخلاف اللَبَن.

فرع آخر

لو باع ما كان مأكوله مستوراً في الأرض كالجزر والفجل والكراث والبصل والسلجم نظر فإن باع ما ظهر من ورقه مطلقاً لم يجز لأنه يطول فيختلط المبيع بغيره وإن شرط القطع جاز كما قلنا في الثمرة قبل بدو الصلاح، وأما بيع ما في بطن الأرض لا يجوز بحالٍ ولا تشبه بيع خيار الروية لأنه إذا قلع فلم يجبره المشتري كان في رده ضرر على البائع ولا يمكن أن نقول يجوز ولا جاز لأنه لم يرها ولا يجوز أن يجعله سَلَماً لأنه عين ولأنه لا يمكن ضبطه بالصفات ولا يشبه بيع الجوز وإن كان المقصود مستوراً لأن بقاء الجوز في قشره بعد التناهي من مصلحته بخلاف بقاء هذه في الأرض بعد التناهي فإنه ليس من مصلحتها.

مسألة: قال[1]: وإذا كانَ متبايعا الذهبِ والورقِ بأعيانهما [٢٧أ/ ٦] إذا تفرقا قبل القبض كانا في معنى من لم يبايع دل ذلك على أن كل سلعة باعها فهلكت قبل القبض فمن مال بائعها إذا ابتاعا صرفاً ذهباً بذهب أو ورقاً بورق أو ذهباً بورق فمن شرطه القبض قبل التفرق فإن تفرقا قبل أن تقابضا أو قبل قبض أحدهما بطل بدليل خبر عمر وعبادة رضي الله عنهما، ولو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما: تفارقنا من غير قبض وقال الآخر: تفارقنا مع القبض فالقول قول من يدعي الفسخ أيضاً. وأما إذا تبايعا غير الصرف كالثياب والعبيد والسلع فليس من شرطه القبض قبل التفرق ولكن متى تلف المبيع قبل القبض بطل البيع وسقط الثمن عن المشتري سواء طالب البائع بالإقباض فامتنع أو عرض البائع الإقباض فامتنع المشتري أو تلف من غير مطالبة واحد منهما وبه قال الشعبي وربيعة وأبو حنيفة، وقال مالك: عقد البيع يستتر بالعقد ولا يلحقه الفسخ بهلاك المبيع فإن طولب البائع بالإقباض فأتىٰ أتم وصار عاصياً يلزمه قيمته، وإن لم يطالب فلا شيء عليه وله [٢٧ب/ ٦] الثمن وإن طالبه بذلك فقال: لا أسلم حتى أقبض الثمن يصير المبيع كالمرهون في يد

(١) انظر «الحاوي» (٥/ ١٣٦).

المرتهن وعند مالك إذا تلف الرهن في يد المرتهن إن كان بآفة ظاهرةٍ فهو من ضمان الراهن وإن كان بأمر باطن فهو من ضمان المرتهن.

وذكر القفال عن مالك أن هذا إذا اشترى جزافاً فإن اشترى مكايلة أو موازنة لا يدخل في ضمانه حتى يقبضه بالكيل أو بالوزن. وقال أحمد وإسحاق مثل قوله أنه إذا تلف من غير تعدي البائع كان من ضمان المشتري، وقال النخعي: إن كان البائع بذلها للمشتري فامتنع من قبضها لم يبطل البيع بتلفها وكانت مضمونة على المشتري بالثمن وإن لم يكن كذلك بطل البيع، وقال ابن سيرين: يعجبني هذا القول ومال إليه، وقال أبو ثور يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد حتى لو دخله عيب لا يرد به المشتري ولو تلف لا يسقط الثمن ويد البائع فيه يد وديعة، وقال بعض العلماء: يد البائع فيه ضمان بالقيمة لا بالثمن فيغرم القيمة ويدفع إليه المشتري الثمن وهذا كله غلط.

واحتج الشافعي عليهم بالصرف [٢٨أ/٦] فقال لأنه بيع تعذر فيه القبض فيبطل كعقد الصرف إذا تفرقا عنه قبل التقابض بطل غير أن التعذر في الصرف من طريق الشرع لا من طريق المشاهدة وهاهنا من طريق المشاهدة والمشاهدة أقوى إذا ثبت بطلان العقد ثبت كونه من ضمان البائع، واحتج مالك بقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[1]، والخراج الغلة وهي للمشتري فكان الضمان عليه قلنا: لا حجة فيه لأنه لم يقل الضمان بالخراج، بل قال: الخراج بالضمان، ثم ورد في الرد بالعيب.

تبقى الغلة للمشتري بعد رده بالعيب فإذا تقرر هذا لو باع عبداً بثوب وقبض الثوب ولم يسلم العبد فباع الثوب من غيره ثم تلف في يده العبد فقد انفسخ البيع في العبد والثوب قد تصرف فيه في وقت جاز له التصرف ويجب عليه أن يدفع إلى صاحبه قيمة الثوب كما إذا ان الثوب قد تلف في يده كان عليه قيمته وعلى هذا إذا باع عبداً بشقص وقبض الشقص أخذ الشفيع الشقص بالشفعة بقيمة العبد فإذا أخذه الشفيع ثم تلف العبد [٢٨ب/٦] في يده قبل التسليم يبطل البيع في العبد ولا يبطل في الشقص ويجب عليه دفع قيمة الشقص إلى صاحبه ولو باع عبداً بثوب وقبض الثوب وباعه من آخر ولم يسلمه إليه فتلف العبد والثوب في يده بطل البيع الأول في العبد دون الثوب وعليه قيمته لصاحبه الذي اشتراه منه وبطل البيع الثاني في الثوب وعليه رد الثمن إن كان قبضه فإن لم يكن قبضه فلا شيء عليه ولا على المشتري منه.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣٥٠٨) وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان (٢٢٤٣) وأحمد في «مسنده» (٢٣٧٠٤).

مسألة: قال: وإذا اشترى بالدنانيرِ دراهمَ بأعيانها فليسَ لواحدٍ منهما أن يعطي غيرَ ما دفعَ عليه البيع.

إذا تصارفا ذهباً بذهب أو ورقاً بورق أو ذهباً بورق لم يخلُ من أحد أمرين إما: أن يكون في الذمة أو معيناً فإن كان في الذمة وذلك على وجهين، أحدهما: أن يتصارفا ويصف النوع الذي يتصارفان عليه مثل أن يقول: بعتك درهماً فتحيّاً بدرهم راضي أو ديناراً قاسانياً بدينار نيسابوزي ونحو ذلك فهذا الصرف يصح ويقع على النوع الذي ذكرناه، والثاني: أن يتصارفا [٢٩أ/٦] في الذمة وأطلقا العقد فإن كان للبلد عرف نقدٍ انصرف الإطلاق إليه حتى يصير كأنهما ذكراه في العقد ولا يدخل هذا في نهيه ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء[1] لأن تعيينهما وقبضهما في المجلس كالتعيين في العقد وحكى الإمام أبو عاصم العباداني[2] أنه بمنزلة الأعيان الغائبة فإن لم يجوز بيع الغائب لا يجوز هذا لأن الشرع حرم بيع الدين بالدين فلو لم يقدر العوض عينا غائبةً لما كان إلى تصحيح العقد سبيل وهذا ضعيف لما ذكرنا، وإن كان في البلد نقود مختلفة بطل العقد ولا بد في هذا الصرف من التقابض قبل التفرق فإن تفرقا قبل القبض بطل وإن تصارفا في العين مثل إن قال: بعتك هذه الدراهم بهذه الدنانير أو هذه الدنانير بهذه الدنانير تعينت بالعقد وفائدته شيئان: أحدهما: أنه لو أراد أن يعطيه بدلها لم يكن له، والثاني: أنها لو تلفت قبل القبض بطل العقد، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا تتعين الدراهم والدنانير بالتعيين وله [٢٩ب/٦] أن يعطي بدلها ولا يبطل العقد بتلفها أصلاً وهذا غلط لأنه عوض مشار إليه في العقد فوجب أن يعين كالحنطة.

فرع

لو تراضيا على الاستبدال عنها قبل التفرق فإن كانت معينة لا يجوز وعند أبي حنيفة يجوز وإن كانت في الذمة فهل يجوز الاستبدال عنها؟ قولان: أحدهما: يجوز فيأخذ مكان الدراهم دنانير أو سلعة كما يستبدل عما يثبت في الذمة فرضاً أو بدل متلف وهذا أقرب إلى الاختيار وهو المشهور وذلك ما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنه أنه قال: يا رسول اللّه إنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فيأخذ مكانها دنانير والدنانير فيأخذ مكانها دراهم، فقال النبي ﷺ: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما لبس»[3]. وروي: «لا بأس أن يأخذها بسعر يومها

(١) أخرجه ابن عدي في **«الكامل»** (٦/ ٣٣٥).

(٢) جاء في هامش الأصل لعله العبادي.

(٣) ذكره ابن كثير في إرشاد الفقيه (٢/ ٧).

ما لم يفترقا وبينكما شيء»[١]، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة: لا يجوز اقتضاء الدراهم من الدنانير أصلاً، وقال ابن أبي ليلى: يكره إلا بسعر يوجه لهذه الزيادة في الخبر وقال أبو سليمان الخطابي: والصواب هذا القول، والثاني: [٣٠أ/٦] لا يجوز الاستبدال عنها نص عليه في «الجامع الكبير» وهو الأقيس لأنه معلول بعقد معاوضةٍ فلا يستبدل عنه قبل القبض كالمبيع والمسلم فيه.

فرع آخر

لو عين مكيالاً أو ميزاناً نص الشافعي في السلم أنه يبطل السلم وأما في البيع اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجهٍ، أحدها: يبطل البيع به لتضمنه حجراً، والثاني: يتعين في العقد ويصح، والثالث: يصح العقد ولا يتعين ذلك وهذا أظهر لأنه لا غرض في تعيينه. وفي عين الدراهم إعراض منها، أن يعلم أنه من وجهٍ حلال لكونه ميراثاً أو غنيمة، والثاني: أن يتقدم بها على سائر الغرما، والثالث: أن يصير المشتري محجوراً عن التصرف فيها كالبائع في السلعة المبيعة. وقيل فيه وجه رابع إن كان كيلاً معلوماً للعامة لا يتعين لأنه لا فائدة وإن لم يكن معروفاً كالطاس والقعب فإن كان الحق حالاً يجوز لأنه يقدر على تسليمه في الوقت وإن كان مؤجلاً لا يجوز لأنه ربما يتلف الكيل الذي عينه وهكذا لو عين كيالاً أو وزاناً. [٣٠ب/٦]

فرع آخر

لو باع صاعاً من حنطةٍ بصاع من حنطةٍ موصوفة ثم أحضرا في المجلس وتقابضا يجوز كالنقد وفيه وجه آخر لا يجوز حتى يكون أحدهما معيناً ولا يصح الفرق بينه وبين النقد.

مسألة: قال: فإن وجدَ بالدنانيرِ أو الدراهمِ عيباً.

الفصل

الكلام الآن في الإبدال إذا وجد العيب فيها فإن تصارفا جنساً واحداً ذهباً بذهب أو جنسين ذهباً بورق فظهر فيها عيب هل له الرد والإبدال ينظر فيه فإن كانت عيناً بعين لا يخلو إما أن يكون العيب من جنسه أو من غير جنسه فإن كان من غير جنسه مثل أن بانت رصاصاً أو نحاساً لا تخلو أما أن يكون في البعض أو في الكل فإن كان في الكل فالبيع باطل نص

---

(١) أخرجه النسائي في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة (٤٥٨٢) وأبو داود في البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق (٣٣٥٤) وأحمد في «مسنده» (٦٢٠٣).

عليه في الصرف لأنه باعه غير ما سمى، قال أصحابنا كما لو قال: بعتك هذا الحمار فكان فرساً أو بعتك هذا الثوب القطني فكان كتاناً يبطل البيع كذلك هاهنا.

وقال في «الإفصاح»: فيه وجه أنه يصح البيع ويخير المشتري لأن البيع وقع على عينه وهذا ضعيف [٣١أ/٦] وإن كان هذا العيب في النقص بطل البيع في ذلك النقص وهل يبطل في الباقي؟ قولان بناء على تفريق الصفقة ومن أصحابنا من قال: هذا إذا كان الصرف بغير جنسه فإن كان دراهم بدراهم فوجد هذا العيب في بعضها فالمذهب أن البيع باطل قولاً واحداً لأنه يؤدي إلى التفاضل وهذا صحيح وإن كان العيب من جنسه مثل أن يكون فضة رديئة أو ذهباً رديئاً بأن يكون خشناً يتشقق عند الطبع أو كانت رديئة الضرب من حيث الصنعة فالبيع صحيح لأن الجنس واحد ويكون بالخيار بين أن يمسك أو يرد ويفسخ البيع فإن أراد الرد والاستبدال فليس له ذلك سواء كان قبل التفرق أو بعده كما لو كان المبيع ثوباً أو حيواناً بعينه فأصاب به عيباً ليس له البدل لأنه لو أبدل أخذ غير ما وقع عليه العقد.

وقال صاحب «التقريب»: يجوز الاستبدال عنها قبل التفرق ولا يجوز بعده لأن حكم المتعاقدين ما داما في المكان الذي تعاقدا فيه كحكمها حال العقد بدليل أن الزيادة في الثمن والنقصان عنه [٣١ب/٦] وكذلك في الأجل يجوز في المجلس حتى قال: على هذا لو تعاقدا بثمن مجهول فلم يتفرقا حتى صيراه معلوماً صح العقد وهذا غلط لأن الشافعي نص في المختصر أنه لا يجوز الاستبدال ولم يفرق بين أن يكون قبل التفرق أو بعده بل ظاهر كلامه يدل على أن صورة المسألة قبل التفرق حيث عقب هذه المسألة بمسألة ثانيةٍ وهي: إذا كانت في الذمة لا يجوز إعلام الثمن في المجلس إذا وقع مجهولاً بحالٍ لأن العقد وقع فاسد بشرط فإسقاط الشرط لا يبطله، وأما الزيادة في الثمن ونقصانه هل يجوز في المجلس؟ قولان.

وإن سلمنا فلأن العقد وقع في الأصل صحيحاً فاحتمل الإلحاقات قبل استقرار العقد بخلاف مسألتنا لأنه وقع فاسداً، وإن كان هذا العيب بالبعض فله رد الكل والرجوع لما دفع إليه وله إمساك الكل ولا شيء له غيره وهل له أن يرد البعض المعيب ويمسك الصحيح؟ قولان بناء على تفريق الصفقة فإن قلنا: لا تفرق فلا كلام، وإن قلنا تفرق فله الرد بالعيب فإذا رد فبكم يمسك [٣٢أ/٦] الصحيح فإن كان جنساً واحداً أمسكه بحصته من الثمن قولاً واحداً ولا يجوز أن يمسكه بكل الثمن لأنه ربا وذلك لأنه ممسك ديناراً بدينارين وهذا لا يجوز، وإن كان الصرف جنسين فكذلك يأخذه بحصته من الثمن لأنه إذا أمكنه أن يأخذ الكل بكل الثمن فكيف يجوز أن يأخذ البعض بكل الثمن لأنه يكون سفهاً ويكون رد هذا المعيب بغير فائدة ويفارق إذا باع عبدين فخرج أحدهما حراً حيث قلنا: يمسك العبد بجميع

الثمن على أحد القولين لأن هناك لا يمكنه إمساك الحر معه بالثمن فدعت الحاجة إلى إمساك العبد وحده.

وقال بعض أصحابنا: بكم يمسك الصحيح؟ هاهنا قولان أيضاً ويفارق إذا كان الجنس واحداً لأن التفاضل فيه لا يجوز ولكن يقال له: إذا رددت البعض وأمسكت الباقي بكل الثمن لا فائدة لك ويكون سفهاً وهذا صحيح عندي، وإن كان البيع في الذمة فأصاب أحدهما عما قبضه عيناً لا تخلو إما أن يكون قبل التفرق فله الرد والبدل سواء كان العيب من جنسه أو [٣٢ب/ ٦] من غير جنسه لأنه إن كان من غير جنسه مثل أن أقبضه نحاساً فقد أعطاه غير ما وقع عليه العقد والعقد بحاله لأنهما ما تفرقا فله مطالبته بما ملك عليه بعقد الصرف كالمسلم إليه إذا أتى بغير ما أسلم إليه رد إليه وطالب بما تناوله العقد، وإن كان في البعض صح القبض في الصحيح ورد ما ليس من جنسه وطالب بما تناوله العقد، وإن كان العيب من جنسه كان له البدل لأنه إذا كان له البدل إذا كان العيب من غير جنسه فبأن يكون له البدل إذا كان من جنسه أولى ولكنه إن شاء رضي به، وإن كان العيب في البعض فقد صح القبض في الصحيح وفي الباقي وهو مخيّر بين الرضا وبين رده وأخذ البدل، وإن كان ذلك بعد التفرق ينظر فإن كان العيب من غير جنسه بطل العقد لأنهما تفرقا قبل قبض شيء من المعقود عليه، وإن كان العيب من جنسه لم يخل من أحد أمرين، إما أن يكون العيب بكله أو ببعضه فإن كان بكله فهو بالخيار بين أن [٣٣أ/ ٦] يمسك أو يرد فإن أمسك فلا كلام، وإن رد أو فسخ العقد فلا كلام.

وإن أراد الرد وأخذ البدل غير معيب فيه قولان على ما ذكرنا، أحدهما: ليس له وهو اختيار المزني وهو الصحيح لأنه إذا أراد لا يأخذ بدل ما رده بل يأخذ الأصل الذي وقع عليه العقد وقد فارقه قبل قبض ذلك فيبطل الصرف ولأن الصرف يتعين بالعقد تارة وبالقبض أخرى ثم ثبت أنه لو تعين بالعقد لم يكن البدل فكذلك إذا تعين بالقبض. واحتج المزني على هذا بأن الصرف في المعين وفي الموصوف سواء في اشتراط القبض قبل التفرق فوجب أن يكونا سواء في تحريم الاستبدال، والثاني: له ذلك وهو اختيار أبي حامدٍ وبه قال أبو يوسف ومحمد لأن كل معيبٍ يجوز إبداله قبل التفرق فجاز إبداله بعد التفرق كالمسلم إليه إذا دفع إلى المسلَّم المسُلّم فيه معيباً له أن يستبدله.

ومن غير هذا أجاب عما ذكره القائل الأول فقال: أما الأول فلا يصح لأن [٣٣ب/ ٦] الذي قبضه وإن كان معيباً فهو قبض صحيح والمقبوض هو الذي وقع عليه العقد لأنه لو كان غيره أبطل العقد لأنه وجد التفرق قبل القبض ولما جاز له إمساكه والرضا به كما لو كان العيب والرد قطع للعقد من حين الرد لأنه رفع للعقد من أصله ولا فصل بين قبض المعيب

وغيره إلا من جهة أن أحدهما: قبض لازم والآخر قبض جائز ولا يمنع ذلك صحة القبض فيهما، أما الثاني: باطل بما لو كان قبل التفرق تعين بالقبض وله الإبدال وأيضاً إذا تعين بالعقد فأخذ البدل أخذ غير ما اشتراه بخلاف مسألتنا، وأما الثالث: باطل لأنه لا يمتنع الفرق بين المعين والموصوف كما في جواز الاستبدال قبل التفرق، فإذا قلنا: بالأول قلنا: له الخيار بين الإمساك والرد فقط، وإذا قلنا: بالثاني فالخيار بين ثلاثة أشياء بين الإمساك وبين الرد والفسخ وبين الرد والاستبدال. وإن كان العيب بالبعض فإن كان من غير جنسه فالبيع يبطل في هذا [٣٤أ/٦] البعض لأن القبض لم يوجد فيه في المجلس وهل يبطل في الباقي الذي قبضه فيه طريقان:

أحدهما: يصح قولاً واحداً كما لو عقد على عبدين فمات أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع في الباقي قولاً واحداً على الصحيح من المذهب لأنه فساد بعد العقد، والطريقة الثانية: هل يبطل في الباقي بناء على تفريق الصفقة وهذا اختيار القفال وليس لمسألة العبدين لأن عدم القبض في الصرف فساد في نفس العقد إذ تمام الصرف بالقبض[1] في الباقي قولان. وإن كان العيب من جنسه فيه ثلاثة أقاويل، أحدها: لا تبدل ولكنه بالخيار إن شاء فسخ البيع في الكل، وإن شاء أجازه، والثاني: بالخيار إن شاء فسخ البيع في المعيب وأمسك السليم، وإن شاء رد الكل وفسخ البيع في الكل وهذا إذا بعضنا الصفقة، والثالث: أنه يبدل المعيب وقال القفال: هذان القولان في الاستبدال مبنيان على أنه إذا اشترى شيئاً فوجده معيباً رده بالعيب هل يكون رده إبطالاً للقبض من [٣٤ب/٦] حتى يصير كأنه لم يقبضه ولم يكن مالكاً له ويكون مالكاً له من قبل ويكون رده نقصاناً للقبض فيه قولان.

وعلى هذا لو أسلم إلى رجل في جارية ثم قبضها ثم وجد بها عيباً وردها إليه هل يلزم البائع الاستبراء؟ وجهان: أحدهما: يلزم رده نقض للقبض الآن، والثاني: لا يلزم إذا قلنا رده إبطال للقبض من أصله وهذا غريب بعيد في المذهب. فإذا تقرر هذا قال المزني: وقد قال الشافعي: يرد الدراهم بحصتها من الدينار ومراده بهذه الحكاية أن الشافعي علق القول في تبعيض الصفقة هاهنا ولم يعلق القول في موضع آخر والمزني يستأنس مثل هذا في ترجيح أحد القولين على الثاني.

فرع

لو اشترى عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا البعض وافترقا فإن الصرف باطل في غير

---

(١) سواد في المخطوط غير واضح.

المقبوض ولا يبطل في المقبوض ولكنه بالخيار إن شاء رضي المقبوض بحصته من الثمن وإن شاء رده وفسخ البيع لأنه لم يسلم له جميع ما وقعت عليه الصفقة ولا يجيء أن يقال بفسخ العقد في الكل ولا يفرق [٣٥أ/٦] الصفقة لأن الصفقة وقعت بثمنٍ معلوم ولفظ مباح وتعليل الشافعي في إبطال جميع الصفقة على أحد القولين أحد السببين، إما لأن العقد جمع مباحاً ومحظوراً، وإما لجهالة الثمن إذا فسدت الصفقة في بعضها، وهاهنا لم يوجد واحد منهما فلم يجز أن يحكم بفساد العقد في الكل. وقال ابن القاص: في هذه المسألة وفي رأس مال السلم إذا تفرقا وقد بقي البعض ولم يقبضه هل يبطل العقد في الكل؟ قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة وهذا اختيار القفال وهذا قاله برضاه المحصلون من أصحابنا ولا يقتضيه مذهب الشافعي.

فرع آخر

قال ابن القاص: لو باع عبدين فتلف أحدهما في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع في التالف ولا يبطل في الباقي قولاً واحداً، ورأس مال السلم مثله ومن أصحابنا من قال: خرّج أبو إسحاق فيه قولاً آخر: أنه إذا مات أحدهما يبطل العقد وهذا غلط على أبي إسحاق لأنه ذكر في الشرح بخلافه ولعله محكي عن غيره وليس بشيء. [٣٥ب/٦]

مسألة: قال: ولو راطلَ مائةَ دينارٍ عتق مروانية ومائةَ دينارٍ من ضرب مكروه بمائتي دينارٍ من ضربِ وسطٍ[(١)].

الفصل

وقد مضت هذه المسألة في مسألة مد عجوة ودرهم بمدي عجوة، وقوله: راطل أي وازن والرطل يكون كيلاً ويكون وزناً. والأصل في هذا ما روي عن فضالة بن عبيد أتى النبي ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وروي فيها خرز معلقة بذهب ابتاعها رجل بتسعة دنانير والسبعة دنانير فقال: لا حتى تميز بينه وبينه فقال: إنما أردت الحجارة وروي التجارة، فقال النبي ﷺ: «لا حتى يميز بينهما» فرده حتى ميز بينهما[(٢)] هكذا في «سنن أبي داوود». وذكر أبو عيسى الترمذي عن فضالة بن عبيد أنه قال: اشتريت يوم خيبر قلادة فيها ذهب وخرز باثني عشر ديناراً ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً فذكرت ذلك

---

(١) انظر «**الحاوي**» (١٤٣/٥).

(٢) في العبارة سقط وهي كما في «**الحاوي الكبير**» (١٥٠/٥): لأن العيوب ما اختصت بالصفات اللازمة، فأما تحريم السلطان معارض يختص بالسعر ونقصه، ونقصان الأسعار لا يكون عيباً يستحق به الفسخ.

للنبي ﷺ فقال: «لا تباع حتى تفصل»[1] قلت: لعلهما خبران وهو الظاهر. وقال أبو حنيفة في هذه الصورة: [٣٦أ/ ٦] فإن كان الذهب الذي هو الثمن أكثر مما فيه من الذهب جاز وإن كان أقل منه أو مثله لم يجز. وذهب مالك إلى نحو هذا إلا أنه يجد الكثرة بالثلثين والقلة بالثلث. وقال أحمد: يجوز وإن كان الثمن أقل، وهذا قول ظاهر الفساد لما فيه من صريح الربا ولا يصح ما قال أبو حنيفة: إنه إذا كان الذهب الخارج أكثر يكون الذهب بالذهب سواء والزيادة بإزاء الحجارة، لأنه قال في الخبر: إنما أردت الحجارة ومع ذلك منع وقال: لا حتى يميز بينهما.

مسألة: قال: ولا بأسَ أن يشتري الدراهمَ من الصرافِ ويبيعها منه إذا قبضها.

الفصل

إذا كان معه عشرون درهماً صحاحاً فأراد بها ثلاثين درهماً مكسرةً فالوجه أن يشتري بها من الصراف ديناراً ويتقابضا ثم يبيع الدينار منه بثلاثين مكسرةً ولو جعل هذا عادته وتجارته جاز، وقال مالك: إنما يجوز ذلك مرة واحدة ولا يجوز أن يجعله عادة لأنه يضارع الربا وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ [٣٦ب/ ٦] استعمل على خيبر سواد بن غزيه فجاءه بتمر حنيب فقال له: أكل تمر خيبر هكذا قال: لا ولكنا بعنا صاعين من جمع بصاع من هذا وأراد بالجمع الدقل وهو جنس رديء فقال: أوّه هذا عين الربا لا تفعلوا هكذا ولكن بيعوا الجمع بالدراهم واشتروا بالدراهم الحنيب[2] والحنيب: الوسط من التمر هكذا قال الأصمعي في تفسير الجمع والحنيب وقيل: الجمع الذي يجمع أنواع التمر، والحنيب الطيب، ويقال: إن أبا حنيفة افتتح كتاب «الحيل» بهذا الخبر. وإذا تقرر هذا لو قصد بهذا العقد أن يأخذ أكثر مما أعطى وأقل مما أعطى جاز ولا اعتبار بالقصد إلى الربا إذا لم يباشر ولكنه يكره ثم فيه ثلاث مسائل، إحداها: أن يتقابضا ويتفرقا أو يتخايرا ثم تعاقدا بعد ذلك فيصح قولاً واحداً، الثانية: أن يتخايرا قبل أن يتقابضا بطل الصرف لأنه كالتفرق وقد ذكرنا ما قيل فيه، والثالثة: أن يتبايعا ثم يتقابضا ثم يتبايعا ثانياً قبل التفرق والتخاير. فظاهر المذهب أن العقد جائز لأن الشافعي قال: ولا بأس [٣٧أ/ ٦] أن يشتري الدراهم من

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدراهم (٣٣٥١).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب (١٥٩١) والترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز (١٢٥٥) النسائي في البيوع، باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب (٤٥٧٣) وأبو داود في البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدراهم (٣٣٥٢).

الصراف ثم يبيعها منه فأطلق. وبه قال ابن سريج، لأنه إن كان الخيار قائماً فإن شروعهما في العقد الثاني يقطع خيارهما معاً ألا ترى أنهما لو شرعا فيه فلم يكملاه لزم العقد الأول وانقطع الخيار كالتخاير بعد القبض شرعاً.

فإن قيل: أليس لو باع أحدهما ما قبضه من رجلٍ آخر قبل التفرق والتخاير لم يجز؟ قلنا: الفرق أنه إذا باعه من غير بائعه فقد تصرف فيما لغيره فيه خيار ثابت ويملك رفعه عنه وهاهنا هما تعاقدا معاً ثانياً فكأن شروعهما فيه رضاً بإمضاء الأول واستئنافاً للثاني وصح ذلك وعلى هذا لو اشترى شيئاً على أنهما بالخيار وقبضه ثم باعه من غير البائع لم يجز، وإن باعه من البائع جاز ويكون ذلك قطعاً للخيار. وقال القفال في كتاب التهذيب: لا ينعقد هذا البيع إلا على القول الذي يقول: «الخيار لا يمنع انتقال الملك»، لا يصح لأنه لو باع غير ملكه إلا أن ذلك يكون قطعاً للخيار فيستأنفان العقد وعلى هذا قال: إذا اشترى جارية [٣٧ب/ ٦] فزوجها من البائع قبل التفرق فإن قلنا يملك المشتري بالعقد جاز، وإن قلنا لا يملك لا يجوز ويسقط خياره وعلى القول الأول وهو الأصح يجوز.

وقال في «الحاوي»: الأصح أنه لا يجوز البيع الثاني أصلاً لأن العقد الأول لم يستقر لا بالافتراق ولا بالتخاير والفرق بين التخاير والبيع أنهما إذا اختارا الإمضاء فقد رضي كل واحدٍ منهما بإقرار ملُك صاحبه على ما انتقل إليه فاستقر به الملُك. وإذا اتفقا على البيع الثاني فكل واحد منهما لم يرض باستقرار ملك صاحبه على ما انتقل إليه فلم يستقر بذلك الملُك فصار حكم التخاير والبيع مختلفاً فلم يجز أن يكون في لزوم العقد متفقاً ولو جعلا مكان الدنانير ثوباً أو شيئاً آخر حتى لا يحتاج إلى التقابض في المجلس بل يكفي قبض الثوب في المجلس أو بعد المجلس ليصح بذلك القبض البيع الثاني فالأمر أوسع.

فرع

لو كان معه عشرة دراهم صحاح ومع آخر أحد عشر درهماً مكسرةً فلا يجوز بيع العشرة بالأحد عشر، والحيلة في ذلك أن يعرض كل واحدٍ منهما صاحبه الذي معه ثم يبرئه عما حصل [٣٨أ/ ٦] له عليه ويستبرئ منه الصحاح بعشرة مكسرة ثم يهب له ذلك الدراهم الباقي أو يهب كل واحدٍ ما في يده لصاحبه من غير شرط ويكره أن يدخلا في البيع على ذلك.

فرع آخر

لو كان معه عشرة دراهم وليس معه سواها ومع آخر دينار قيمته عشرون درهماً فأراد

أن يعقدا فيهما صرفاً ويتفرقا بعد القبض من غير غبن، قال أبو إسحاق: يصح هذا من وجه واحدٍ وهو أن يشتري صاحب العشرة نصف الدينار مشاعاً بالعشرة ثم يقبضه العشرة ويقبض الدينار منه نصفه وديعة ونصفه مبيعاً ثم يستقرض منه العشرة فيشتري بها النصف الباقي من الدينار ويقبضها منه ويملك هذه العشرة التي اقترضها بالتصرف فيها وهو يشتري ما بقي من الدينار بها. ومن أصحابنا من قال: يصح من وجه آخر أيضاً وهو أن يشتري منه الدينار كله بعشرين في الذمة ويقبضه منه ثم يدفع إليه العشرة من ثمنه فتبرأ ذمته من نصف ثمن الدينار ثم يستقرضها من البائع فإذا قبضها فرضاً قضى بها ما بقي من ثمن الدينار فيصير [٣٨ب/٦] الدينار كله له وقد أقبض جميع ثمنه وبقي عليه لبائع الدينار عشرة دراهم قرضاً، وقال أبو إسحاق: هذا لا يصح لأن البائع تصرف فيما قبضه من الثمن في مدة الخيار وفيه رد القرض قبل التصرف فيه ولا يملك القرض بالتصرف حتى يقع التصرف فيه بعد القبض والصحيح هذا الوجه الثاني لأن هذا التصرف وإن كان في مدة الخيار فهو من المتعاقدين فكان شروعهما فيه قطعاً للخيار كما قلنا في المسألة المتقدمة. وقوله: إن فيه رد القرض قبل التصرف فيكون فسخاً للقرض ليس كذلك لأنه يقضي به ما بقي في ذمته من ثمن الدينار ولا فرق بين أن يشتري بما اقترضه ما بقي من ثمنه وهذا اختيار القاضي الطبري، وعلى هذا لو باع درهماً في الذمة بدرهم في الذمة ثم سلم أحدهما ثم اقترض الآخر وردها عليه هل يجوز؟ فيه وجهان مبنيان على أن القرض متى يملك وعند أبي إسحاق يبطل هذا الصرف هاهنا لأنه قبض قبل أن يستقر ملكه عليها لأنه لا يملكها إلا بالتصرف.

فرع آخر

لو كان له قبل رجلٍ مائة مثقال ذهباً [٣٩أ/٦] فأعطاه مائة دينارٍ عدداً فكان وزنها مائة دينار ودينار، كانت المائة بالمائة التي عليه وبقي في يد القابض المائة والدينار دينار مشاع مضمون لأنه قبضه على أنه عوض فكان مضموناً وللذي أقبضه ذلك أن يهبه له أو يأخذ به سلعة منه أو فضة فإن أخذ سلعة جاز التفرق قبل القبض لأنه صرف، وإن اختار أن يقره في يده سلما في موصوف اتفقا عليه جاز.

فرع آخر

لو اشترى ديناراً بعشرين درهماً في ذمته وكان معه من ثمنه سبعة عشر درهماً فقبضها بائع الدينار وبقي من الثمن درهم لم يجز التفرق قبل قبضه فالوجه فسخ العقد ويشتري من الدينار بقدر ما معه من الدراهم وهو تسعة عشر سهماً من الدينار فإذا قبضه المشتري قبض هذه عن بيع وسلم الباقي أمانة في يده ويفارق المسألة الأولى حيث يقبض هناك الدينار

الفاضل مضموناً وذلك أنه قبضه على أنه بدل في معاوضة وهاهنا قبضه أمانة لا على سبيل البدل فإذا ثبت هذا فللبائع أن [٣٩ب/٦] يصنع به ما شاء كأنه وديعة مفردة إن أحب أن يهبه من المشتري فعل، وإن أحب أن يأخذ منه عوضاً فعل كما قلنا في ذلك الدينار الفاضل، وقد قال الشافعي هاهنا: إذا اشترى بفضل الدينار ما شاء تقابضا قبل أن يتفرقا. وقال الربيع عقيب هذه المسألة: لا بأس وإن لم يتقابضا أيضاً وهكذا قاله في «البويطي»، وإن تفرقا قبل التفاسخ بطل الصرف بقدر ما قابل الدرهم وهل يبطل في الباقي قد ذكرنا.

فرع آخر

لو باع درهماً بدرهم فرجح أحدهما فلا بأس أن ينزل صاحب الفضل منهما فضله لصاحبه ولو اشترى ثوباً بدينار فوزن المشتري الدينار فرجح في الميزان فأعطاه بائع الثوب بما فضل ذهباً وهما لا يعلمان قدر الزيادة جاز لأنه يعتبر فيه التماثل وإن جهل القدر.

فرع آخر

لو اشترى ديناراً بعشرين درهماً فوكل من يقبضه من البائع وانصرف المشتري من المجلس قبل قبضه بنفسه بطل الصرف نص عليه الشافعي لأن الوكيل في الإقباض ليس بقبض ومن شرط الصرف [٤٠أ/٦] أن يتقابض المتصارفان قبل التفرق ولو أقبضه الوكيل قبل مفارقة الموكل المجلس جاز ذلك لأنه ما فارقه قبل القبض فإن يد وكيله كيده.

فرع آخر

لو أحال في مجلس الصرف بما عليه فإن لم يقبض حتى افترقا لا يجوز وإن قبض من المحال عليه قبل التفرق فيه وجهان بناء على أن الحوالة كالبيع أو هي عقد معونة وإرفاق فإن قلنا بيع لا يجوز وإن قلنا بالوجه الآخر يجوز.

فرع آخر

لو اشترى رجلٌ من صيرفي ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار وللمشتري على الصيرفي عشرة فقال افعل هذه العشرة التي عليك بدلاً من الثمن لم يجز بحال. وقال أبو حنيفة: إن حصلت العشرة عليه قبل الصرف لم يجز وإن حصلت بعده جاز، وهذا غلط لأنه صَرْف عُدِمَ فيه القبض فلا يجوز ولأنه يصير بيع دين بدين وذلك لا يجوز بالإجماع.

فرع آخر

لو أن الصيرفي أبرأ المشتري كانت البراءة باطلة لأنه أبرأ عما لم يستقر ملكه [٤٠ب/

٦] يجوز البيع وهو الأظهر لأنها صفة يمتاز بها الموصوف عن غيره، والثاني: لا يجوز لأنها صفة غير الموصوف يجوز انتقالها عنه ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو باع ثوباً بدينار إلا درهماً لم يصح لأن الثمن مجهول لأنه لا يعلم كم حصته من الدينار ولم يبق منها ثمناً ويخالف الإقرار لأن الإقرار يصح المجهول. وقال في «الحاوي»: إن جهلا أو أحدهما قيمة الدينار في الحال بطل وإن علما قيمة الدينار فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن الإستثناء من غير جنس الثمن لا يجوز، والثاني: يجوز لأنهما إذا علما أن قيمة الدينار عشرة قد باعه بدينارٍ إلا درهماً صار كأنه قال: بعتك بدينار إلا عُشْر دينارٍ والأول أصح لأنه لم يستثنِ قيمة درهم وإنما استثنى درهماً فلا يلزم المشتري دفع الدينار كله لموضع الاستثناء ولا يلزم البائع دفع الدرهم لأنه ليس بمشترى فيتعذر استيفاء موجب العقد فبطل.

فرع آخر

لو قال: اشتريت [٤١أ/٦] بمائة دينارٍ إلا ديناراً فقال: بعت فالبيع صحيح لأنه يكون معلوماً وتقديره بعتك بتسعة وتسعين ديناراً.

فرع آخر

قال في الصرف: ولو كان عند رجل دنانير وديعة فصارفه فيها ولم يقرّ الذي عنده الدنانير أنه استهلكها حتى يكون ضامناً ولا أنها في يده حتى صارفه فلا خير فيه لأنه غير مضمون ولا حاضر ويمكن أن يكون بذلك في ذلك الوقت فيبطل الصرف. وقال أبو حامد: فإن قطعها على بقائها عنده صح الصرف، وكذلك إن ضمنها بالتعدي مع بقاء العين فإن استهلك ثم ابتاعها يجوز لأنه يكون بيع دين بدينٍ.

فرع آخر

لو كان عليه دينار فأعطى صاحبها دراهم من غير مصارفة تكون الدراهم قرضاً عليه ويترادان ولو أراد أن يحبس الدراهم ليسترد ماله لا يجوز لأن المقبوض عن بيع فاسد لا يجوز حبسه على استرجاع ثمنه ولو استهلك الدراهم فلا وجه إلا أن يتبارءا من غير شرط [٤١ب/٦] أو يقبض أحدهما ماله عند صاحبه ثم يقبضه عما في ذمته ولو أراد أن يتقاصا لم يجز لأنهما جنسان فإن قال صاحب الدينار: أبرأتك على أن تبرئني من كذا درهم لا يجوز

لأن الإبراء يبطل بالشرط وإنما يصح مع الإطلاق، ولو أن أحدهما يرد مطلقاً ولم يبرئه الآخر من شيء جاز وكان له مطالبته بحقه وليس للمشتري مطالبة الآخر بشيء.

فرع آخر

لو اشترى رجل منه ثوباً آخر بنصف دينار يلزمه كذلك أيضاً ولا يلزمه الصحيح فإن أقبضه المشتري ديناراً صحيحاً فقد زاده خيراً وإن اختار أن يقبضه ديناراً مكسراً بنصفين جاز ذلك وإن اشترىٰ الثوب الثاني على أن يعطيه هذا النصف والنصف الأول ديناراً صحيحاً لا يخلو، إما أن يكون هذا بعد لزوم البيع الأول أو قبله فإن كان بعده فالثاني باطل والأول صحيح لأنه دخله شرط فاسد. وإن كان قبل لزوم البيع الأول بطل الأول والثاني معاً لأنه وإن كان وقت الزيادة في الثمن فتلك الزيادة مجهولة [٤٢أ/٦] غير معلومة وليست بزيادة عين فبطلا.

فرع آخر

لو قال: بعتك بألف درهم مكسرة جاز وقيل: إنما يجوز إذا تقاربت القيم فإن تفاوتت لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بألف غلة كسور ما جاز، ولو قال: بألف مثلمة أو بألف يجوز بالصحاح؟ لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بألف من نقد سرت كذا ونقودها متفقة يجوز وفيه وجه آخر لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بعتك بدينارٍ فإن كان المقصود الصحاح انصرف إليه، وإن كان المعهود القراضة فكذلك، وإن لم يكن بينهما تفاوت وكلاهما معهود صح ومن أيهما سلم جاز، وإن كان بينهما تفاوت لا يصح.

فرع آخر

لو قال: بدينارٍ صحيح فجاء بدينارين صحيحين وزنهما دينار يقبل ويحتمل عندي وجهاً أنه لا يقبل إذا كان بينهما تفاوت وقد يكون هذا في بعض البلاد عندنا.

فرع آخر

لو قال: بدينارٍ صحيح فجاء بدينار وزنه مثقال ونصف يلزمه قبوله والزيادة [٤٢ب/٦] أمانة عنده ويحتمل عندي وجهاً آخر لا يلزمه قبوله لأنه لا يكلف محمل الأمانة.

فرع آخر

لو قال: بنصف دينارٍ صحيح فإن لم يقل مدوراً أو شقاً من دينارٍ يجوز، وإن سلم ثقيلاً وأشركه فيه يجوز، وإن قال: مدوراً وهو عام الوجود يجوز، وإن كان نادر الوجود لا يجوز.

فرع آخر

لو اشترى رجل عشرين درهماً نقرة بدينارٍ فقال له آخر: وَلّني نصفها بنصف ما اشتريت صح لأن التولية كالبيع، ولو قال: اشتر لنفسك عشرين درهماً نقرةً بدينار ثم وَلّني نصفها فعل كانت النقرة له دون الإذن لأنه باعه نصفها من نفسه وهو غائب.

فرع آخر

لو دفع إلى صائغ فصاً وقال له: صغ لي خاتماً من فضة حتى أعطيك بوزن الفضة فضة وأجرة الصنعة لم يَجُز لأنهما تبايعا فضة مجهولة بفضة وتفرقا قبل القبض وشرط فيه أن يعمل له عملاً.

فرع آخر

قال في الصرف: وإذا تصارفا لا بأس [٤٣أ/٦] أن يطول مقامهما في مجلسهما ولا بأس أن يصطحبا من مجلسهما إلى غيره ليوفيا الحق لأنهما لم يتفرقا فإن تعذر عليهما التقابض في المجلس وأراد التفرق يلزمهما أن يتفاسخا العقد بينهما فإن تفرقا قبل التفاسخ كان ذلك فاسداً وجرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئة وكمعنى تفرقها لأن فساد العقد إنما يكون به شرعاً وهو كالعقد مع التفاضل فاسد ولكنهما يأثمان به.

فرع آخر

لو تبايعا عشرة دراهم فتحية بعشرة فتحية وتقابضا فتلفت إحداها في يد قابضها ثم علم العيب من جنسها فليس له أخذ الأرْش لأنه يقضي إلى التفاضل ولا يمكنه الرد لأن العين مفقودة فلا وجه أن يفسخ العقد بينهما ثم ترد عليه هذه الجيدة الموجودة ويكون عليه في ذمته عشرة رديئة يعطيه مثلها وقيمتها إن اتفقا عليه، ذكره ابن أبي هريرة.

فرع آخر

لو اشترى ديناراً بدرهم وقبض وتلف عنده ثم وجده معيباً فيه وجهان: أحدهما: له [٤٣ب/٦] وهذا أقْيس فعلى هذا يرجع بأرش عيب الدينار دراهم ولو كان المبيع المعيب فضة رجع بأرش عيبها ذهباً، والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا لا يجوز ذلك لأمرين، أحدهما: أن الصرف أضيق حكماً فلم يتسع له جوار الأرش فيه، والثاني: أن الأرش يعتبر بالأثمان فلم يجز أن يكون الأرش داخل في الأثمان فعلى هذا لا يخلو عيب الدينار المستهلك إذا لم يخرجه من الجنس من أحد أمرين إما أن يكون عيباً فيصح أن يكون صفة لما ثبت في الذمة أو لا يصح فإن كان يصح ذلك مثل أن يشتري ديناراً قاسانياً فبان الدينار مغربياً فعلى المشتري بدله مغربياً، وإن كان لا يصح أن يكون صفة لما في الذمة بأن كان نَبَهْرَجاً فعليه إذا لم يرض بعينه أن يرد قيمته دراهم ولا يرد مثله لأن النَبَهْرَج لا مثل له ثم إذا رد مثل الدينار المعيب فيما له مثل أو رد قيمته وَرِقاً فيما لا مثل له فإن كان اشترى الدينار الذي بان عيبه بعينه لم يكن له المطالبة ببدله ولو كان له استرجاع [٤٤أ/٦] ما دفع من ثمنه، وإن كان اشتراه في الذمة من غير تعيين فهل له الرجوع بالبدل سليماً قولان ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو حصلت في ذمة رجل دراهم موصوفة وكانت نقداً يتعامل الناس بها فحظر السلطان المعاملة بها لم يستحق صاحب الدراهم غيرها ولم يجز أن يطالب بقيمتها. وقال أحمد: له المطالبة بقيمتها ذهباً في أخر يوم حظرها السلطان وهذا غلط لأن أكثر ما فيه أنه ركس قيمته وما ثبت في الذمة لا يستحق بدله لنقصان قيمته كالحنطة فإذا ثبت أن له أخذ تلك الدراهم بعينها بعد الحظر لما كان له أخذها قبل الحظر فعدمت تلك الدراهم ولو توجد كان له حينئذ أخذ قيمتها ذهباً لتعذرها واعتبار زمان القيمة في آخر أوقات وجودها والقدرة عليها لأنه آخر وقت كانت عينها فيه مستحقة.

فرع آخر

لو ابتاع ديناراً أو ثوباً بعشرة دراهم معينة من هذا النقد فحظر السلطان قبل القبض المعاملة بها لم يكن ذلك عيباً يستحق به الفسخ كرخص السعر ونقصه لأن[1] [٤٤ب/٦]...

(١) نقص في الأصل.

فرع آخر

وقال: أيضاً لو قال البائع في مدة الخيار للعبد المبيع: أنت حر إن دخلت الدار هل يكون قطعاً لخياره؟ وجهان.

فرع آخر

لو باع بشرط الخيار بثمن مؤجل فالأجل من وقت العقد بلا إشكال ولو شرط أن يكون الأجل محسوباً عقيب انقضاء الخيار وجهان: أحدهما: لا يصح البيع، والثاني: يصح البيع والشرط، وذلك أنه لو باع بثمن مطلق بشرط الخيار ثم شرط الأجل قبل انقضاء الخيار والأشبه أنه يصح وهكذا لو باع من غير شرط الخيار بثمن مؤجل على أن يكون الأجل محسوباً عند انقضاء خيار المكان ففي صحة البيع والشرط هذان الوجهان.

فرع آخر

لو باع بثمن مؤجل إلى ألف سنة هل يصح الشرط؟ يجب أن لا يصح لأنا نقطع على المشتري لا يبقى إلى هذه الغاية والأجل يسقط بالموت وهو كإجارة الثوب إلى ألف سنة لا يجوز ويبطل البيع ببطلان هذا الشرط.

فرع آخر

لو قال لعبده: إن مت بعد ألف سنةٍ فأنت حر هل يصير به مدبراً فيه وجهان، وليس كالبيع والإجارة [٤٥أ/٦] لأنهما ينزهان من الغرر بخلاف التدبير الذي يتضمن العتق والصحيح أنه لا يكون مدبراً لأنا نقطع على أنه لا يبقى إلى هذه الغاية وفائدة الوجهين فيمن قال: والله لا أدبر عبدي فقال له: هذا القول هل يحنث؟ وجهان.

فرع آخر

لو شرط الخيار أربعة أيام يومان للبائع ويومان للمشتري بعد انقضاء اليومين لا يجوز لأنه يزيد على ثلاثة أيام ولو شرطا خيار يوم للبائعين ويومين بعده للمشتري لم يجز لأن العقد إذا لزم في حق أحدهما يوماً لم يصح ثبوت الخيار له بعده كما لو شرط خيار يومين من بعد التفرق بيوم لا يجوز وإن شرطا خيار يوم للبائع وخيار يومين للمشتري من نصف يوم البائع لم يجز أيضاً لما ذكرنا ويحتمل أن يقال: يجوز في هذين الموضعين ولو كان الخيار للبائع يوماً ثم زاد يوماً آخر للبائع لم يصح أيضاً لأن خيار الشرط لا يثبت إلا باتفاقهما وهذه الحالة ليست كحالة العقد في حق المشتري لأنه لا خيار له ويقول البائع بانفراده لا

يثبت الخيار فأبطلنا الشرط لذلك.

فرع آخر

لو شرطا [٤٥ب/٦] خيار ثلاثة أيام ثم أسقطا اليوم الأول سقط الكل هذا هو الأظهر، وإن أسقطاه بشرط بقاء الخيار في اليوم الثاني والثالث فيه وجهان: أحدهما: لا يصح الإسقاط والخيار باق في الأيام الثلاثة، والثاني: يسقط الكل ويبطل شرطها وإن أسقطا خيار اليوم الثاني سقط خيار اليوم والثالث وخيار اليوم الأول صحيح.

فرع آخر

قال والدي رحمه الله: إذا شرط خيار الثلث للمكاتب فإن أراد نفي الخيار له بعد الثلاث بطل العقد قولاً واحداً، وإن أراد نفي الخيار إثبات الخيار له في الثلاثة مع ثبوتها بعدها صح العقد ولا معنى لهذا الشرط، وإن أطلقا القول بلا إرادة فيه وجهان: أحدهما: لا يبطل، والثاني: يبطل لأن تقديره بثلثه نقيض نفي الخيار بعدها كما لو قال لآخر: اقض ديني إلى ثلاثة أيام لم يكن له قضاؤه بعد الثلاث، ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن الأجنبي لا يقضي الدين عن غيره من ماله إلا بإذنه فإذا قدر بالثلاث عاد الأمر بعد الثلاثة إلى ما كان من قبل وهاهنا الخيار ثابت للمكاتب أبداً فشرطها خيار [٤٦أ/٦] الثلاث يفضي إلى إثباته فإذا مضت ثبت الخيار بحكم العقد ولا يكون هذا الشرط مفيداً زيادة فائدة فصار كما لو باع عبده بعشرين بشرط حلول عشرة منها صح وكان الكل حالاً ولا يقال النص على حلول العشرة يقتضي تأجيل الباقي فلا يصح البيع لجهالة الأجل كذلك هاهنا ويحتمل في مسألة الأجل وجهاً آخر أنه يبطل البيع بدليل الخطاب.

فرع آخر

لو شرطا أن يكون الخيار لعبد أجنبي فإن كان بإذن سيده جاز وإن كان من غير إذنه فيه وجهان.

فرع آخر

لو شرطا خيار يوم لأنفسهما ويوم بعده لأجنبي فيه وجهان، كما ذكرنا إذا شرطا يوماً للبائع ويومين بعده للمشتري والأشبه أنه يصح هاهنا بخلاف تلك المسألة لأن المنع هناك لزوم البيع في حق أحدهما مدة ثبوت الخيار له وهذا غير موجود هاهنا، ولهذا لو باع ثم شرطا الخيار قبل التفرق لزيد صح وإن لم يملك زيد هذا الفسخ قبل اشتراطه فلا بأس هاهنا

أيضاً أن لا يملك الأجنبي الفسخ [٤٦ب/٦] ثم يملك.

فرع آخر

لو باع بشرط خياره[١] أجنبي ويوم بعده لأجنبي آخر فيه وجهان على ما ذكره[٢] وكتبه جوازه.

فرع آخر

لو قال: اشتري العبد[٣] بشرط الخيار قلنا بإذن السيدة[٤] لم . . . جاز إلى عبده كخيار الوكيل بخلاف خيار المكاتب ينقل إلى هذه[٥] في أحد الوجهين وقد ذكرنا قبل هذا[٦] يثبت للسيد له المالك في الحقيقة[٧].

فرع آخر

قال: إذا اشتريا خيار يوم لأنفسهما ثم مات أحدهما قبل انقضائه فأراد الوارث مع العاقد زيادة يوم آخر للخيار يحتمل وجهين، أحدهما: يصح وهو الأشبه لأنه قائم مقام المورث ثم جازت الزيادة للمورث فكذا الوارث، والثاني: لا يصح لأنه يتلقي هذا الخيار عن الميت فلا يجوز إثبات خيار له بحكم العقد لم يكن ثابتاً للمورث.

فرع آخر

قال: إذا أتلف المبيع في مدة الخيار بعد القبض وقلنا لا يبطل الخيار وكان الخيار يوماً فزاد يوماً آخر بعد التلف يحتمل وجهين كما قلنا في الإقالة بعد تلف المبيع والمذهب [٤٧أ/٦] أنه لا يجوز.

فرع آخر

قال: لو اشترى عصيراً فصار خمراً في يد البائع ثم صارت خلاً هل يصح البيع وجهان

---

(١) سواد في الأصل.
(٢) العبارة غير واضحة في الأصل.
(٣) العبارة غير واضحة في الأصل.
(٤) العبارة غير واضحة في الأصل.
(٥) العبارة غير واضحة في الأصل.
(٦) العبارة غير واضحة في الأصل.
(٧) الصفحة غير واضحة في الأصل فليحرر.

بناء على أنها إذا عادت خلاً هل يعود الملك الآن أو يتبين به بقاء الملك حال كونه خمراً وفيه وجهان، وهو كالقولين في الرهن هل يعود بمصيرها خلاً والأصح أنه يتبين به بقاء الملك حال كونه خمراً لأني لا أعلم خلافاً أن الرجل لو مات وترك خمراً ثم صارت خلاً يقضي من ثمنه دين الميت وينفذ منه وصاياه ونظيره أن يبيع عبداً فأبق قبل القبض هل يبطل العقد؟ قولان: والأصح أنه لا يبطل وللمشتري الخيار وعندي أنه يبطل على المذهب الصحيح لأنه زالت المالية بمصيرها خمراً فيستحيل بقاء المبيع وإذا بطل البيع لا يعود من غير تحديد.

فرع آخر

قال: رجلان لهما عبدان فأذنا لهما بالتجارة فاشترى عبد أحدهما عبد الآخر وفعل الآخر مثل ذلك ولم يدر أيهما اشترك قبل صاحبه لم يصح واحد منهما لأن عبد أحدهما إذا اشترى عبد الآخر صار المشتري لمالك المشتري [٤٧ب/٦] فلا يصح شري الثاني بعده فأشبه عين الصحيح من الفاسد فأبطلناهما كتزويج الوليين للمرأة من رجلين يبطلان عند الاشتباه لما ذكرنا.

فرع آخر

قال: لو وكل ببيع شيء أو شرائه فاشتراه الوكيل أو باعه ثم مات الموكل في المجلس بطل البيع لبطلان الوكالة قبل تمام البيع ولو عزله عن الوكالة كان كذلك.

فرع آخر

أرض بين اثنين لا يعلم أحدهما مقدار حقه منها فباع جميعها من رجل ثم عرف نصيبه يصح إذا جوزنا تفريق الصفقة لأن ما تناوله البيع لغطاء معلوم وفي كلام أصحابنا ما يدل عليه قالوا: إذا باع عبداً ثم ظهر الاستحقاق في البعض صح في الباقي على هذا القول ولم يفصلوا بين أن يكون البائع عالماً بمقدار نصيبه منها أو لم يكن عالماً به.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة فقال المشتري: اشتريته لفلان ولم يكن وكيلاً في الشراء هل يصح؟ وجهان والأشبه أنه يصح له.

فرع آخر

لو كان له عبدان أحدهما أصغر من الآخر [٤٨أ/٦] فقال: بعتك عبدي الأصغر مبارك

وكان اسمه غانم واسم الآخر مبارك صح لأن الاسم قد يتغير ولو قال: بعتك مبارك ولم يقل عبدي فالأشبه أنه لا يجوز ويحتمل أن يقال يجوز، ولو قال: بعتك عبدي مبارك والمشتري لا يعلم من العبد الذي يسمى مبارك من عبديه لا يجوز لأن المعقود عليه مجهول.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذا العبد وأشار إلى أَمَة لا يجوز، ولو قال: بعتك هذا العبد الكبير وكان صغيراً صح لأن الأول اختلاف الجنس وهاهنا اختلاف الصفة ولو كان هذا في العتق وقع العتق.

فرع آخر

لو قال الوكيل عند البيع: بعتك عبدي هذا هل يجوز وجهان.

فرع آخر

لو باع دجاجة فيها بيضة فباضت في الحال ثم وجد بالدجاجة عيباً هل يلزمه رد البيضة مع الدجاجة؟ وجهان بناء على القولين في الحمل.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذا العبد بعشرة فقال: قبلت البيع فيه وفي عبد آخر أشار إليه بعشرة لا يجوز، [٤٨ب/٦] ولو قال: بعتك هذين العبدين بعشرة أحدهما لغيره فقال: قبلت عبدك بعشرة فعلى القول الذي يقول لا تفرق الصفقة لا يجوز وإذا قلنا: يجوز تفريق الصفقة فيه قولان: أحدهما: يجوز القبول وهذا إذا قلنا: يجوز البيع فيه بجميع الثمن، والثاني: لا يجوز وهذا إذا قلنا يأخذه بحصته من الثمن.

فرع آخر

إذا باع ثم اختلفا فقال البائع لم أكن بالغاً وقت المبيع وأنكر المشتري واحتمل ما قاله كل واحدٍ منهما فالقول قول البائع لأن الأصل الصغر.

فرع آخر

لو باع عبداً مسلماً من مسلمٍ وشرطا الخيار ثلاثاً لكافر يحتمل أن لا يجوز لأن الكافر لا يملك العقد عليه للتمسك فلا يجوز شرط الخيار له كما لا يجوز شرطه للمجنون والصبي

وكذلك لو باع من آخر صيداً وشرطا الخيار للمحرم لا يجوز وهكذا ذكر والدي رحمه الله، والأصح عندي أنه يجوز لأنه من أهل الشرط والإجازة والرد ولا إذلال للمسلم في إجازته وفسخه.

فرع آخر

لو باع عبداً وسلمه إلى [٦/٤٩أ] المشتري وديعة فقبضه ولم يعلم أنه المبيع فمات في يده فيه وجهان: أحدهما: أنه من ضمان البائع وعليه رد ثمنه، والثاني: أنه من ضمان المشتري وأصل هذا أنه إذا غصب طعاماً فأطعمه المالك وكان جاهلاً هل يزول الضمان عن تغاصب قولان والأصح أنه لا يزول.

فرع آخر

لو باع من آخر دراهم معدودة على أنها عشرة دراهم وزناً بدنانير ثم تبين أنها أكثر فيه قولان: أحدهما: لا يصح البيع، والثاني: يصح وللبائع الخيار كما لو ظهر النقصان من العشرة للمشتري الخيار.

فرع آخر

العبد الموصى لمنفعته لواحد وبرقبته لآخر فباع صاحب الرقبة نُظِر فإن باعها من صاحب المنفعة صح وإن باعها من غيره وجهان وفيه وجه ثالث ضعيف لا يصح منهما.

فرع آخر

عبد بين رجلين اشتراه رجل منهما ولا يعلم المشتري كم تصيب كل واحدٍ منهما جاز لأن حمله المبيع معلومه فصار كما لو باع عبدين بثمن واحد ويحتمل أن يقال: لا يجوز لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين فلا يجوز إلا [٤٩ب/٦] أن يكون ما يبيعه كل واحدٍ منهما معلوماً ولهذا لا يجوز الرد بالعيب على أحدهما دون الآخر وهذا صح عندي.

فرع آخر

لو كان عليه دين حال فدفعه إليه لشرط أن يبيعه ثوباً فالشرط باطل وهل له استرجاع ما دفعه إليه ليدفع غيره القياس أن له ذلك لأن القبض فاسد بهذا الشرط ولا يتعين بعض المال لقضاء الدين منه إلا باختيار من عليه.

فرع آخر

لو باع ثوباً على أنه من قطن فإذا هو من كتان فإن لم يعلما لا يجوز وإن علما يحتمل وجهين: أحدهما: يجوز لأن الاعتبار بالإشارة ولا معنى للتسمية مع الإشارة عند العلم وقد ذكر المزني: لو قال: بعتك هذا الفرس وهو يراه عبداً أو هذا الرداء وهو يراه قميصاً وهذا النعل وهو يراه خفاً يجوز البيع ولا اعتبار بالاسم وهذا صحيح لأنه يصير كأنهما تلاعبا بالتسمية فوجودها وعدمها سواء وتعتبر الإشارة فعلى هذا في مسألة الثوب يجب أن يجوز.

فرع آخر

لو باعه على أنه تمر فكان رطباً وكان [٥٠أ/٦] رآه رطباً هل يبطل البيع بهذا الشرط؟ وجهان: أحدهما: لا يبطل وللمشتري الخيار، والثاني: يبطل لأن هذا الاختلاف كاختلاف في الجنس، والأول أصح لأنهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً.

فرع آخر

إذا باع بدراهم مطلقة وفي البلد نقود مختلفة وفي البلد الذي هو أقرب إلى بلده نقد واحد وقال البائع وقت البيع: لا أعني نقد بلدنا ولا يجب أن تحمل كلامي عليه، هل يصح البيع حملاً لهذا البيع على نقد البلد الآخر؟ يحتمل وجهين: أحدهما: يصح لأنه إذا أسقط حمله على عرف بلده يعين أقرب البلاد إليه كما قلنا في قسمة الزكاة، والثاني: لا يصح لأنه ليس بلد أولى من بلد بعد ما سقط اعتبار بلده وهكذا لو كان في بلده نقد واحد وفي البلد الذي يقربه نقد واحد فباع بدراهم واستثنى نقد البلد الذي هما فيه هل يحمل على نقد البلد الآخر بقربه ليصح البيع أم لا فيه وجهان أيضاً، ولو كان بلدان هما قريبان من ذلك البلد ولا بلد أقرب منهما وسقط اعتبار نقد بلدهما [٥٠ب/٦] قلنا: يعتبر بالأقرب في أحد الوجهين واستوى هذان البلدان في القرب نُظِر فإن كان النقد فيهما واحداً صح وإن كان نقدهما مختلفاً لم يجز لأنه ليس حمله على أحدهم بأولى من حمله على الآخر وحمله عليهما لا يمكن فإن قيل: لم لا تقولون يحمل عليهما ليكون نصف الثمن من نقد أحد البلدين والنصف الآخر من نقد البلد الآخر؟ قلنا: لأنه لا يمكن كما لو كان في البلد نقدان فباع بثمن مطلق لا يحمل على المباضعة بالإجماع كذلك هاهنا.

فرع آخر

إذا أعاد البائع المبيع من المشتري هل يبطل حق الحبس؟ قال والدي الإمام: لا يبطل حقه من الحبس كما في الرهن وسمعت بعض أصحابنا بخراسان قال: يبطل حق الحبس

لكون العقد ليس بعقد الحبس بخلاف الرهن وهذا قول أبي حنيفة.

فرع آخر

إذا باع شيئاً في يده ولا يدري أنه له أو لا وقبض ثمنه هل يحل له ذلك من جهة أن اليد دلالة الملك أو لا يحل من جهة أنه كلف فيما في نفسه الإحاطة ينبغي أن لا يحل لأنه يكلف الإنسان [٥١أ/٦] فيما في نفسه الإحاطة إذا أمكن.

فرع آخر

إذا باع جلد الغنم بجلد البقر متفاضلاً هل يصح؟: يحتمل قولين بناء على القولين في اللحمان.

فرع آخر

إذا قال لآخر: بع هذا المال فباعه ولم يقبل التوكيل ولا رده صح البيع فإن قيل: فما معنى قولكم الوكالة تفتقر إلى القبول ويجوزون بيعه قبل القبول؟ قلنا: فائدته أنه لو وكل آخر بقبض دينه من رجل فتمكن الرجل من دفعه إلى هذا الوكيل ولم يتمكن من الدفع إلى الموكل نظر فإن قبل الوكيل الوكالة فعليه دفع ما عليه إليه لأن التمكن من دفع المال إلى الوكيل كالتمكن من دفعه إلى الموكل وإن لم يقبل الوكالة لم يلزم الدفع لأنه لم يصر وكيلاً بعد وهذا قبل مطالبة الوكيل فأما إذا طالبه بالدين عن الموكل يلزمه الدفع لأن هذه المطالبة جارية مجرى قبول الوكالة والرضا بها ويحتمل وجوب الدفع إليه قبل المطالبة لأن الدفع إليه موجب للبراءة فهو كما بعد القبول وفائدة أخرى وهي أن الرجل [٥١ب/٦] إذا وكل بقبض العارية من فلان فوصل ذلك المال إلى يد هذا الوكيل وهو لا يعلم أنه ذلك المال الذي أذن له موكله فقبضه نُظِر فإن كان قبل الوكالة زال الضمان عن المستعير، وإن لم يكن قبلها لم يزل الضمان لأن المال لم يصل إلى يد صاحبه ولا وكيله، فإن قيل: لم لا يزول الضمان ويصح البيع؟ قلنا: لأن الشروع في أسباب البيع يقوم مقام قبول الوكالة والرضا بها والقبول تارة من جهة القول وتارة من جهة المعنى وهذا غير موجود في مسألة الضمان لأنه لم يعلم أن المال لغيره الذي هو الموكل حتى يجعل قبضه كالرضا بالقبول.

فرع آخر

لو باع شاةً لبوناً بشرط أنها غير لبون أو حاملاً بشرط أنها غير حامل لم يصح البيع لأن هذا يقتضي استثناء الحمل واللبن من البيع ولا يصح البيع مع هذا الاستثناء وفيه آخر

يجوز كما لو باع عبداً على أنه لا يد له وكان له اليد إن صح وهذا أصح.

فرع آخر

إذا أريد بيع مال اليتيم وقت النداء يوم [٥٢أ/٦] الجمعة للضرورة وهناك حران على أحدهما الجمعة دون الآخر ومن عليه الجمعة يطلبه بدينار ومن لا جمعة عليه يطلبه بنصف دينار من أيهما يباع يحتمل وجهين: أحدهما: يباع ممن لا جمعة عليه كيلاً يوقع الآخر في معصيةٍ. وقد روي أن النبي ﷺ قال: «الدال على الشر كفاعله»[١]، والثاني: يباع ممن يطلبه بدينار لأن الذي إليه هو الإيجاب وهو غير عاصٍ به وإنما القبول إلى الطالب وهو الذي يقضي بالقبول ويحتمل أن يرخص له بالقبول هاهنا ليقع اليتيم إذا لم يؤد إلى ترك الجمعة كما يرخص للولي الإيجاب لحاجة اليتيم إليه.

فرع آخر

لو كان هذا الاختلاف في طلب العصير أو السيف والطالب يريد أن يجعل خمراً أو آلة للقتل المحرم فمن أيهما يباع؟ فإن قلنا في المسألة قبلها يباع بأكثر فإن قلنا هناك يباع بالأقل يحتمل أن يقال هاهنا يبيع ممن يطلب بأكثر والفرق أن تلك الكراهية على التحريم وهذه الكراهية على التنزيه والكراهية تزول [٥٢ب/٦] هاهنا لأنه ممنوع للبيع من غيره بالأقل فإن عليه طلب الحظ لليتيم ولا يجوز له البخس بحقه.

فرع آخر

لو باع ديناً له على رجل من قرض من رجلٍ هل يصح البيع؟ وجهان، فإن قلنا: لا يصح فدفع المديون إلى المشتري هل يبرأ من حق البائع؟ وجهان: أحدهما: يبرأ الآن في ضمن البيع الأذن بالقبض فصار كما لو دفعه إلى وكيله، والثاني: لا يبرأ لأن البيع فاسد ففسد ما في ضمنه ومقتضاه وأصل هذا إذا باع نجوم الكتابة من رجل لا يصح في أصح المذهبين فلو أدى المكاتب النجوم إلى المشتري هل يعتق؟ وجهان.

باب بيع اللحم باللحم

مسألة: قال: واللحمُ كلهُ صنفٌ[٢].

---

(١) ذكره القرطبي في تفسيره (٦/٤٧).

(٢) انظر «الحاوي» (٥/١٥٤).

الفصل

جملته أن الشافعي نص على قولين في اللحمان: أنها أصناف أو صنف واحد والأصح أنها أصناف وهو اختيار المزني وقد قال الشافعي: وهذا قول يصح وينقاس، وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية، وقال بعض أصحابنا بخراسان: الأصح أنها صنف واحد وهذا غلط لأنها فروع لأصول هي أجناس فوجب أن تكون [٥٣أ/ ٦] أصنافاً كالأدقة ولأن أصح القولين أن الألبان أصناف وهي رشح الحيوان واللحمان نفس الحيوان وذاته فهي أشبه بالأصناف. وقال مالك: اللحمان ثلاثة أصناف لحم الوحشي والأنسي صنف، ولحم الطير صنف، ولحم دواب الماء صنف وهي الرواية الثانية عن أحمد إلا أنه جعل الوحش صنفاً آخر. واحتج بأن القصد مختلف في هذه اللحوم فكانت أصنافاً وهذا لا يصح لأن منفعة لحم الإبل ولحم الغنم تختلف وهما صنف واحد عنده فإذا قلنا: إنها صنف واحد بينه الشافعي بما لا مزيد عليه فقال: اللحم كله أنسيه ووحشيه وطائره صنف، وأما السمك على هذا القول فالمذهب أنه صنف آخر. وقال أبو إسحاق: هو نوع من الصنف كالطير لأن اسم اللحم يقع عليه قال الله تعالى: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فَاطِر: الآية ١٢] [فاطر: ١٢]، فسمي السمك لحماً وهذا غلط مذهباً وحجاجاً. أما المذهب قال الشافعي: ومن قال هذا لزمه أن يقول السمك من الصنف وهذا لا يقوله أحد ونص في «الأم» أن الحيتان جنس غير جنس سائر اللحمان. وأما الحجاج هو أنه لا يضاف [٥٣ب/ ٦] لحمه إليه وإنما يقال: سمك ولا يقال: لحم سمك فلا ينطلق عليه اسم اللحم ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم فأكل لحم السمك لا يحنث وأما الآية قلنا: الله تعالى قيده بالإضافة إلى مسكنه فقال: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فَاطِر: الآية ١٢] ، فعلم أنه لحم بالتقييد لا بالإطلاق فعلى هذا اللحمان كلها صنفان فلحوم حيوان البر على اختلافها صنف ولحوم حيتان البحر على اختلافها صنف، واختار القاضي أبو حامد في «الجامع» والقاضي الطبري ما قاله أبو إسحاق وقالا: لم يقل الشافعي على ما حكاه أبو حامد بل قال: ومن قال هذا لزمه عندي أن يقول مثله في الحيتان لأن اسم اللحم جامع لها وقد أطلق الله تعالى فقال: ﴿لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النّحل: الآية ١٤] ، وعندي للأصح ما تقدم في القياس. والجراد هل يكون من جنس اللحم؟ وجهان لأن اسم اللحم لا ينطلق عليه ولا يكون صورته صورة اللحم.

فرع

لحمان حيوانات البحر مبني على ما تقدم فإن قلنا: لحمان حيوانات البر صنف واحد أيضاً، وإن قلنا هناك، وإن قلنا قال الشافعي: والسموك أصناف مختلفة لأن اختلاف دواب [٥٤أ/ ٦] البحر أكثر من اختلاف دواب البر وهل يلحق بها الجراد؟ وجهان، أحدهما:

يلحق لأنه نقل في الأثان أن أصله سمك ولهذا حل ميتة الجراد، والثاني: لا يلحق لأنه حيوان بري يلزم الجزاء على المحرم بقتله، وقال في «الأم»[1]: كل ما كان على خلقة فهو جنس وما كان على خلقة أخرى فهو جنس آخر فالسمك صنف. وبقر الماء صنف وغنم الماء صنف، وقال القفال: الحوت المعروف الذي لا اسم له إلا الحوت كل صنفه واحد. وأما بقر الماء ونحو ذلك فإن قلنا لا يتناوله اسم الحوت ولا يحل ميته فهي أصناف، وإن قلنا لا يتناوله اسم الحوت يمحل ميتة وكلها حوت فهي صنف واحد فيحل على هذا كلب الماء وخنزير الماء وهو من جنس الحوت.

فرع آخر

إذا قلنا: اللحمان أصناف فلحم الإبل وأنواعها عرابها ونجابها صنف واحد وكذلك أنواع البقر وأنواع الغنم وبقر الوحش صنف والظباء صنف والأرانب صنف والضباع صنف وكذلك أصناف الطيور الكراكي صنف والحباري صنف والأوز صنف [٥٤ب/٦] والدجاج صنف والحمام صنف وقيل فيه وجه، أنه يلحق الضباء والإبل بالغنم لأنه يقرب منه كالضأن مع المعز ويلحق بقر الوحش بالأنس والأول أصح لافتراقهما في الزكاة والضحايا والهدايا وحد الحمام ما ذكر الشافعي في كتاب الحج فقال: كل ما عب وهدر فهو حمام من اليمام والفواخت والقماري والدباسي، ونص في الربيع أن كل هذا صنف والعصافير صنف، وقال الشيخ أبو حامد: هذا بعيد عندي كل واحدٍ من هذه صنف، الحمام وأنواعه صنف، والقماري صنف والفواخت صنف وهذا لأنه ينفرد كل واحدٍ باسم وصفة وهذا اختيار جماعة أصحابنا.

فرع آخر

في الشحوم قولان كاللحمان سواء.

فرع آخر

هل تكون الألية وما حمله الظهر صنفاً من الشحوم أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما: أنها صنف من حملة الشحم وبه قال مالك، والثاني: أنها أصناف مختلفة غير الشحم وبه قال أبو حنيفة.

---

(١) انظر «الأم» (٣/٣١٩ ـ ٣٢٠).

فرع آخر

اللحم الأبيض والأحمر صنف وهما لونان والشحم الذي على الظهر قد قيل [٥٥أ/٦]: إنه لحم سمين والشحم الذي في الجوف صنف آخر والألية صنف آخر والطحال صنف غير الكبد والفؤاد صنف آخر وكذلك المخ والدماغ والكرش واللسان والمصران كل واحدٍ منها صنف.

فرع آخر

إذا قلنا اللحمان أصناف فالبيض أولى، وإذا قلنا صنف واحد ففي البيض وجهان.

فرع آخر

بيض السمك هل يكون نوعاً من لحم السمك وجهان: أحدهما: أنه صنف غير السمك كما أن بيض الطير صنف غير لحم الطير، والثاني: أنه نوع من لحم السمك لأنه يؤكل معه حياً وميتاً.

فرع آخر

الجلد إذا كان على اللحم، فإن كان غليظاً لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم، وإن كان رقيقاً يؤكل معه كجلود الجداء والدجاج فهل يمنع إذا كان على اللحم من بيعه باللحم وجهان كالعظم.

فرع آخر

إذا قلنا: اللحمان أصناف فمتى باع صنفاً بصنف آخر كلحم الغنم بلحم البقر ونحو ذلك جاز متفاضلاً ومتماثلاً وزناً وجزافاً رطباً ويابساً يداً بيدٍ، وإذا قلنا: إنها [٥٥ب/٦] صنف واحد وقلنا: أصناف فباع الصنف الواحد بعضه ببعضٍ رطباً برطب فالمذهب أن البيع باطل وكذلك إذا كان أحدهما رطباً والآخر يابساً لأن معظم منفعته في حال يبوسته، وقال ابن سريج: فيه قول آخر يجوز لأن العادة معظم منفعته في حال رطوبته كالفواكه والأول أصح لأن كل ما يتخذ منه رطباً يتخذ منه يابساً ويدخر في حال يبوسته ولا يدخر في حال رطوبته.

فرع آخر

لو باع بعضه ببعضٍ يابساً فإن لم يتناه يبسه وبقي فيه رطوبة، وإن قلت لم يجز وإن تناهى يبسه وجفافه لا يبقى فيه نداوة جاز، وبيع الشحم بالشحم والألية بالألية كاللحم

باللحم فإن قيل: أليس بيع التمر بالتمر يجوز، وإن كان فيه رطوبة قليلة؟ قلنا: الفرق من وجهين: أحدهما: ما ذكره الشافعي أن التمر يباع كيلاً وذلك القدر لا ينقص من الكيل وهذا يباع وزناً وهذا القدر يظهر نقصانه في الوزن، ولهذا لو باع حنطة بحنطة وفي أحدهما دقاق التبن أو قليل التراب يجوز ولو كان هذا في الموزون لا يجوز، [٥٦أ/٦] والثاني: ما ذكره أصحابنا: أن تلك الرطوبة الباقية في الثمن تذهب على مر الأيام ويتناهى يبسه بلا فساد وهاهنا بقاء الرطوبة يفسده فيمنع جواز البيع لأنه ما انتهى إلى حال يدخر عليه.

فرع آخر

قال في «الأم»[1]: وإن كان اللحم ببلده ندية وكان إذا يبس ثم أصابه الندا رطب حتى تثقل لم يبع بعضه ببعض حتى يعود إلى الجفاف لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل.

فرع آخر

لو باع بعضه ببعضٍ منزوع العظم يجوز بلا خلاف ويفارق التمر بالتمر منزوع النوى في أحد الوجهين لأن بقاء النوى في التمر من مصلحته بخلاف بقاء العظم لما فيه من المخ وأيضاً التمر يباع كيلاً فإذا نزع منه النوى يختلف ويتجافى في الكيل بخلاف اللحم فإنه يباع وزناً.

فرع آخر

لو باع مع العظم بلحمٍ فيه عظم قال الأصطخري: يجوز لأن العظم فيه كالنوى في التمر، وقال سائر أصحابنا وهو المذهب: لا يجوز لأن العظم [٥٦ب/٦] فيه كالشمع في العسل وليس من مصلحته بخلاف النوىٰ في التمر هكذا ذكره أبو حامد وقال القاضي الطبري: قال أكثر أصحابنا: يجوز وحكي عن أبي إسحاق: لا يجوز.

فرع آخر

لو كان مملحاً فإن كان ذلك القدر من الملح يظهر في الوزن لا يجوز وإن كان لا يظهر في الوزن جاز مثل إن قدد بماء الملح لا يعين الملح وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه ببعضٍ طرياً ولا ندياً ولا مملوحاً ولكن يجوز إذا بلغ غاية نفسه غير مملوح.

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ٣٢٠).

فرع آخر

لو باع المشوي بالني أو المطبوخ بالني لا يجوز بحال وقال مالك: يجوز المطبوخ باليابس وقال أبو حنيفة: يجوز الني بالمشوي والمطبوخ وهذا غلط لأنهما يتفاضلان حال الادخار لأن النار تنقص المشوي وتزيد في المطبوخ.

فرع آخر

لو ضم عظم من عضو آخر إلى لحم وباع بلحم آخر فيه عظم أو لا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف، كما لو ضم النوى إلى تمر وباع بتمر لا يجوز، وإذا تقرر هذا [٥٧أ/٦] قال المزني: قطع قبل هذا الباب بأن ألبان الغنم والبقر والإبل أصناف.

الفصل

وهذا الذي ذكر المزني استشهاد الخلاف على الخلاف لأن هناك قولين مشهورين أيضاً وحكى المزني القطع بأحد القولين في بعض المواضع والقطع بأحد القولين في بعض المواضع لا يقتضي تضعيف القول الثاني وتربيعه.

باب بيع اللحم بالحيوان

قال: أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم الخبر بيع اللحم بالحيوان لا يجوز في الجملة، وبه قال أبو بكر الصديق رضي اللّه عنه والفقهاء السبعة رحمهم اللّه، وذكر الشافعي رضي اللّه عنه عن القسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن بن هشام من جملتهم والثلاثة الباقون الذين لم يذكرهم الشافعي هاهنا سليمان بن يسار وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد اللّه بن عبد اللّه بن عتبة بن مسعود رضي اللّه عنهم، وهو قول مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يجوز على الإطلاق، وقال المزني: يجوز ذلك قياساً. إلا أن يثبت [٥٧ب/٦] الخبر. وقال محمد: يجوز على التعديل فإن كان اللحم الخارج أكثر من اللحم الذي في الحيوان جاز حتى يكون اللحم باللحم متماثلاً وما زاد في مقابلة السواقط وإلا فلا يجوز وهذا غلط لما روى الشافعي عن سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[١] وقال الشافعي: إرسال ابن المسيب عندنا حسن ورواه الزهري عن سهل بن سعد الساعدي عن النبي ﷺ، ورواه ابن عمر وأبو هريرة مرفوعاً أيضاً. وروي عن الشافعي عن سعيد بن المسيب: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٥٢) (٢/ ٤١) والدارقطني في «سننه» (٢٦٥) (٣/ ٧٠).

اللحم بالشاة الحية»[1] وفي لفظ «نهى عن بيع الحي بالميت»[2]. وروى ابن عباس: «أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر الصديق فجاء رجل بعناقٍ وقال: أعطوني جزاء بهذا العناق فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصلح هذا». وروي أنه قال: «لا يباع حيّ بميت» فإذا تقرر هذا فبيع اللحم بالحيوان إن المأكول من جنسه لا يجوز ولو باع لحم الغنم بالبقر، قال صاحب «الإفصاح»: لا يجوز قولاً واحداً، وقال غيره: إن قلنا: اللحمان جنس واحد لا يجوز، وإن قلنا: أجناس فيه وجهان: [٥٨أ/٦] أحدهما: يجوز وبه قال مالك وأحمد وهو الصحيح لأن في الجنس لا يحرم التفاضل، والثاني: لا يجوز وهو ظاهر الخبر. وأثر أبي بكر الصديق رضي الله عنه نص فيه.

فرع آخر

لو باع بحيوان لا يؤكل كالحمار والبغل فيه قولان: أحدهما: لا يجوز لظاهر السنة، والثاني: يجوز وبه قال مالك وأحمد وهو القياس لأنه لا ربا فيما لا يؤكل والعلة في المأكول أن هذا الحيوان قد يصير مثل ذلك اللحم.

فرع آخر

لو باع السمك بالشاة فيه وجهان بناء على أن السمك هل هو صنف من اللحم أم لا؟ واختيار الماسرجسي أنه يجوز لأنه لا يسمى لحماً على الإطلاق.

فرع آخر

لو باع اللحم بالسمك الحي فإن قلنا السمك من جنس سائر اللحوم لا يجوز، وإن قلنا ليس من جنسها فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأنه لحم بحيوان، والثاني: يجوز لأن حي السمك في حكم ميته بخلاف الحيوان.

فرع آخر

بيع الشحم بالحيوان أو الألية به أو شرى، [٥٨ب/٦] وقد قال الشافعي في كتاب «الرهن الصغير» وإرسال ابن المسيب عندنا حجة وإنما خصه لمعنى في مراسيله وهو أنها مسانيد من طريق غيره ومراسيل غيره بقيت مقاطع إلى يومنا هذا فاحتجاج الشافعي واقع في

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤١٦٢) (٨/٢٧).

(٢) أخرجه أبو داود في «المرسيل» (١٧٧) (١/١٦٦).

الحقيقة بالمسند لا بالمرسل وقد ثبت فيه قول المتقدم وهو ما روينا عن أبي بكر الصديق رضي اللّه عنه ولأن مع هذا القول نوعاً من القياس وهو يقول لأنه جنس فيه الربا الربا بيع أصله الذي فيه مثله فلا يجوز. كما لو باع الدهن بالسمسم واللّه أعلم.

باب ثمن الحائط يباع أصله

قال: أخبرنا ابن عيينة وذكر الخبر. إذا باع نخلاً عليها طلع لا يخلو إما أن يكون الطلع قد أبّر أو لم يؤبر فإن كان قد أبّر قال الشافعي: والتأبير أن يؤخذ شيء من طلع النخل فيجعل بين ظهراني طلع الإناث لتشتد برائحته وتقوى ولا تفسد ويكون لها صلاحاً بإذن اللّه تعالى فهذا الطلع يكون للبائع ولا يتبع الأصل في البيع إلا أن يشترط المبتاع فيكون له بالشرط [٥٩أ/٦] وبه قال جماعة العلماء، وقال ابن أبي ليلى وحده يكون للمبتاع بإطلاق العقد لأنها متصلة بالأصل اتصال الحلقة بالأغصان وهذا غلط لقوله ﷺ: «من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع»[١] إلا أن يشترط المبتاع ولأنه نماء ظهر من أصله فلا يتبع الأصل في البيع كالولد المنفصل وليس كالأغصان لأنه داخل في النخلة بخلاف الثمرة، وإن لم تؤبر فثمرتها للمشتري بإطلاق العقد إلا أن يشترطه البائع.

وقال أبو حنيفة: يكون للبائع أيضاً إلا «أن يشترطه المشتري وبقولنا قال مالك وأحمد والدليل عليه ما ذكرنا من الخبر وأيضاً روي أن رجلاً ابتاع نخلاً في عهد رسول اللّه ﷺ ثم اختلفا في الثمرة فقال البائع: الثمرة إلي لأنها أبّرت في ملكي فجعل رسول اللّه ﷺ الثمرة لمن أبّرت في ملكه»[٢] وإذا تقرر هذا لو تشقق الطلع بنفسه وظهرت الثمرة فحكمها حكم ما لو شققه الصفار ليظهر. واعلم أن الطلع أول ما يخرج يكون الكافور وهو الجف والقشر مكمماً [٥٩ب/٦] له أي مغطياً فإذا تشقق عنه الكافور ظهر العذق وحبه يكون صغاراً مثل الحمص أو دونه وإذا كان الحائط النخل فجاء جبل في ناحية الصبا وهبت الصبا وقت الإبار فإن الإناث تتأبر بروائح طلع الفحاحيل ثم قال الشافعي: فإذا جعل النبي ﷺ الإبار حدّاً لملك البائع فقد جعل ما قبله حداً لملك المشتري وقصد به الرد على أبي حنيفة ومعناه أنه ﷺ جعل الإبار حداً ليفصل بين ما قبله وبين ما بعده فلا معنىً للتسوية بينهما مع تفصيل رسول اللّه ﷺ.

---

(١) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٢٣٧٩) ومسلم في البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر (١٥٤٣) والترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير (١٢٤٤).

(٢) لم نعثر عليه.

فرع

لو باع الطلع وحده قبل تشققه قال أبو إسحاق: لا يجوز لأن المقصود معيب فيما لا مصلحة له فأشبه بيع الثوب في الجراب، وقال ابن أبي هريرة: يجوز لأن قشره من مصلحته وهو كالرمان والموز واللوز ولأن الطلعة مأكولة بجملتها وهذا اختيار القاضي الطبري غير أنه حكي هذا القول عن أبي إسحاق والآخر عن أبي هريرة وهو الأظهر عندي واختار أبو حامد الوجه الأول وقال: [٦٠أ/٦] هذا هو المذهب لأنه لا يؤكل بقشره وإنما يؤكل ما في جوفه. ولو كان كما قال القائل الآخر لكان في حكم الظاهر ويكون للبائع ومن قال بالوجه الآخر أجاب عن هذا بأنه يتبع الأصل ويكون للمشتري لأنه نماء كامن خلفه في الأصل وينتهي إلى الظهور فكان تابع للأصل ولكنه إذا أفرده بالبيع جعله مقصوداً بنفسه وجملته مأكولة فلا معنى للبيع من بيعه بشرط القطع.

فرع آخر

الوجوه التي تملك بها النخل أربعة عقد معاوضة بالتراضي كالبيع والصلح والصداق فيبيع الثمرة غير المؤبرة فيها أصلها فالبيع منصوص عليه والباقي مقيس عليه ومعاوضه لا على التراضي كرجوع البائع بعين النخل عند العلس فهل يمنع الثمرة غير المؤبرة فيه النخل وجهان: أحدهما: يتبع لأنه انتقال ملك بعوض كالبيع وهذا أظهر، والثاني: لا يتبع لأنه يزيل الملك بغير اختياره بخلاف البيع وقيل قولان وعلى هذا إذا بيع الرهن جبراً على الراهن هل يتبع الأصل فيه وجهان أيضاً وعندي هاهنا وجه [٦٠ب/٦] واحد أنه يتبع لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن وعقد ليس معاوضة ولكنه بالتراضي كالهبة والوصية فهل يتبع الأصل فيهما قولان مخرجان والفرق بينهما وبين المعاوضة أن المعاوضة قويت في بابها لأجل العوض فنقلها مع الأصل وهذان ضعيفان في بابه لعدم العوض فلهذا لا ينقله مع الأصل.

وأصل هذا إذا رهن نخلاً عليها طلع لم تؤبر هل يتبع الأصل في الرهن؟ فيه قولان منصوصان ومعناه أنه عقد إرقاق والهبة والوصية مثله وعلى هذا لو وهب من ولده نخلاً حائلاً وأطلعت في يده فأراد والده الرجوع فيها فرجع هل يتبع الأصل؟ على هذين القولين المخرجين. الرابع: أن لا يكون معاوضة ولا تراضي كالطلاق قبل الدخول فلا يرجع الزوج في غير المؤبر بلا خلاف وليس فيه مناقضة لما ذكرنا لأن كلامنا فيما لو انتقل ملك النخل عن ملك مالكه وهاهنا كون الطلع فيه يمنع الزوج من الرجوع وليس هذا من ذاك الباب والفرق مذكور في كتاب «الصداق»، قال في «الحاوي»: [٦١أ/٦] وعلى هذا الولد لا

يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبر قولاً واحداً لأنه لا معاوضة ولا تراضي.

مسألة: قال: وأقلُ الإبارِ أن يؤبرَ بشيءٍ من حائطه وإن لم يؤبَر الذِي إلىٰ جنبه[1].

الفصل

الإبار مخفف لا يجوز بالتشديد ويقال أبّر بالتشديد والتخفيف يقال: أبّر النخل يؤبر تأبيراً وأبرها يؤبرها أبراً، وإذا كان للرجل بستان فيه نخيل قد أبّر بعضها ولم يؤبر باقيها فالكل للبائع كما لو أبّر كلّه بدليل الخبر ولأنا لو جعلنا المؤبر للبائع وغير المؤبر للمشتري أدى إلى المشاركة واختلاف الأيدي على الثمرة والخصومة التي لا تنقطع فجعلناها كالمؤبر كلها. فإن قيل: هلا ألحقتم المؤبرة بغير المؤبرة وجعلتم الكل كغير المؤبر؟ قلنا: لأن المؤبرة ظاهرة وغير المؤبرة باطنة والباطن يتبع الظاهر والظاهر لا يتبع الباطن ألا ترى أنه لو باع داراً بيعها يشتمل على ظاهر معلوم وباطن مجهول وهو أساس الحيطان وطي البير فلو ألحقنا الظاهر بالباطن بطل البيع، وإذا ألحقنا الباطن بالظاهر صح [٦١ب/٦] البيع فاعتبرنا حكم الظاهر وجعلنا الباطن المجهول تابعاً له كذلك هاهنا فإذا ثبت هذا متى أبّر شيء من الحائط فذكر صحة واحدة كان كما لو أبّر كله ويكون الكل للبائع سواء كانت الثمرة نوعاً واحداً أو أنواعاً مختلفة وسواء ظهر كل الطلع أو ظهر بعضه دون بعض فثمرة هذا العام كلها للبائع نص عليه الشافعي.

وقال ابن أبي هريرة: الاعتبار بما كان ظاهراً وأما ما لم يكن ظاهراً وظهر في ملك المشتري وكان قد تأخر ظهوره فللمشتري ولا يكون للبائع وهذا غلط والخبر والمعنى الذي ذكرنا يدل عليه.

وقال في «الحاوي»: في المسألة وجهان، والصحيح ما قال ابن أبي هريرة والفرق بين ما لم يؤبر يجعل تابعاً لما أبّر إن ما لم يؤبر يصح عليه العقد ويلزم فيه الشرط فجاز أن يصير تابعاً للمؤبر بخلاف الطلع ولو صح ما ذكره القائل الآخر جاز مع ما لم يخلق من الثمار تبعاً لما خلق.

وقال ابن خيران: إن كان النوع واحداً فعلى ما ذكرنا وإن كانت أنواعاً فلكل نوع حكم نفسه فالنوع الذي لم يؤبر شيء منه يكون للمشتري [٦٢أ/٦] لأن الأنواع يختلف إدراكها وطلوعها اختلافاً ظاهراً متبايناً وهذا إذا باع الكل المؤبر وغير المؤبر فأما إذا أفرد البيع نظر

---

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/ ١٦٤).

فإن باع النخلة التي قد أبرت بعضها فثمرتها للبائع وإن أفرد النخلة التي لم تؤبر بالبيع فيه وجهان: أحدهما: أنه للمشتري لأن المؤبر لم يدخل في عقد البيع فلا يستتبع غيره، والثاني: يكون للبائع لأن الحائط إذا أبّر بعضه فهو في حكم ما أبّر كله، ولو كان هناك حائطان متميزان فلكل حائط حكم نفسه فإذا أبّر في أحدهما في دون الآخر فالذي أبّر شيء منه في حكم المؤبر كله دون الحائط الآخر لأنَّا إنما جعلنا الحائط الواحد في حكم المؤبر كله لسوء المشاركة واختلاف الأيدي وهذا معدوم هاهنا لأن كل حائط مفرد عن صاحبه، ولهذا قلنا: الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة. ثم قال الشافعي: ولو تشقق طلع إناثه أو بعضها فهو في معنى ما أبّر كله وقد ذكرنا أن التشقق بنفسه بمنزلة التشقق وكل ذلك أبلغ وإنه يلتحق بالجنين يبرز عند الولادة [٦٢ب/ ٦] ويسقط فلا يتبع الأصل.

مسألة: قال: وإن كانَ فيها فحولُ نخلٍ بعدَ أن تؤبرَ الإناثَ فثمرتَها للبائعِ.

إذا كان في حائطه فحول وإناث فإن باع الإناث وحدها قبل التأبير فثمرتها للمشتري على ما ذكرنا وإن باع الفحول وفيها طلع مفرد عن الإناث فإن كان مشققاً فهو للبائع وإن كان غير متشقق اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: هو للمشتري وهو ظاهر كلام الشافعي لأنه طلع لم يظهر ما فيه وقد يظهر كالإناث والمقصود من كل واحدٍ منهما ما في جوفه ويقال لما في جوف طلع الفحل كثر وهو الذي يلقح به طلع الإناث ومن أصحابنا من قال: يكون للبائع لأنه يؤكل على جهته فهو نفس الثمرة وداتها كالتين.

وقال صاحب «الحاوي»: هذا أصح لأن طلع الفحل يوجد قبل إباره ويكون حال تناهيه طعاماً وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقريب، فإن قلنا: قياس تحقيق لا يصير طلوع الفحول مؤبراً [٦٣أ/ ٦] اعتباراً بالعرف يصير طلع الفحول مؤبراً اعتباراً بالعرف وإن جمع بينهما بعقد واحد والحائط ففيه ثلاث مسائل: أحدها: إن كان طلع الإناث قد تشقق دون طلع الفحول فالكل للبائع بلا خلاف لأن من جعل طلع الفحول قبل التشقق كالظاهر من جوف الطلع إذا أفرده بالعقد فبأن يجعل كذلك إذا باع ما تشقق أولى وإن لم يتشقق شيء من طلع الإناث ولا الفحول فالمذهب أن الكل للمشتري. وقال أصحابنا: الإناث للمشتري والفحول للبائع وإن تشقق طلع الفحول دون طلع الإناث فعلى قول الشافعي الكل للبائع لأنه لا فرق بين الإناث والفحول، وعلى قول من فرق بينهما على ما ذكرنا: الإناث للمشتري والفحول للبائع وجملته أن عند الشافعي طلع الفحول وطلع الإناث بمنزلة طلع الحائط الواحد وعلى قول ذلك القائل بمنزلة طلع الحائطين. واعلم أنه اعترض معترض على الشافعي فقال: لا يقال فحل ولا فحول وإنما يقال: فحال للواحد وفحاحيل وهذا لا يصح لأن قول الشافعي:

[٦٣ب/٦] حجة في اللغة[1].

فرع

لو باع نخلاً . . . للمشتري . . . وكان مؤبراً فشرطه للمشتري ثم[2] في يد البائع قبل القبض. قال في «الأم»: للمشتري الخيار في فسخ البيع لأنه نقص حصل في المبيع قبل القبض فإن اختار . . . . كلام، وإن اختار الإمساك فإذا تمسك قولان: أحدهما: بالحصة وهو الأصح، والثاني: بكل الثمن.

فإن قيل: هلا قلتم يمسكه بكل الثمن قولاً واحداً كما لو باعه عبد فذهبت يده بأكلةٍ قبل القبض واختار المشتري الإمساك يمسكه بكل الثمن قولاً واحداً قلنا الفرق أن العبد عين واحدة لا يتقسط الثمن على أجزائه وهاهنا عينان فيسقط الثمن عليهما ويمسك الباقي بحصته من الثمن.

فرع آخر

قال الشافعي: في الصرف وإن باع [٦٤أ/٦] نخلاً قبل أن تؤبر فثمرتها للمشتري فإن شرطها للبائع جاز لأن صاحب النخل بذل له كينونة التمر في نخله حين باعه إياها، إذا اشترط أن يقطعها فإن استثنى أن يقرها فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرةً لم يبد صلاحها إلى أن تكون مقرةً إلى وقت قد تأتي عليه الآفة قبله ثم قال: الاستثناء كالبيع يجوز فيه ما يجوز في البيع ويفسد فيه ما يفسد في البيع وظاهر هذا أن البائع متى استثنى الطلع لنفسه قبل الإبار لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز مطلقاً كما لا يجوز شراها مطلقاً من دون شرط القطع وهذا لأنها خارجة من العقد بالشرط فاعتبر فيها حكم ما يعقد عليه العقد من اشتراط القطع ولم يذكر في «الحاوي» غيره.

وقال: لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد لتعذر اشتراط القطع فيه، وقال سائر أصحابنا بالعراق أجمع أصحابنا على جواز هذا الاستثناء مطلقاً وليس استثناها ابتياعاً لها وتأوَّلوا في هذه المسألة على أنه أراد أن المشتري [٦٤ب/٦] اشترى النخل مطلقاً فصار هو والطلع له ثم إن البائع اشترى منه الطلع في النخل فلا يجوز بغير شرط القطع، وقيل روى حرملة إذا كان اشتراها على أن يقطعها ووقع الخطأ في النخل من غيره من اشترائها إلى

---

(١) سواد في الأصل غير واضح.

(٢) العبارة ناقصة سواد في الأصل.

استثنائها.

وقال القفال: نص الشافعي هكذا وأصحابنا اختلفوا على وجهين: أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: لا يجب ذلك لأنه استدامة الملك لا ابتداؤه وتأويل النص ما ذكرنا بدليل أن الشافعي قال: فإن رضي المشتري بتركها جاز لأنه رضي بترك ما باع فدل أنه كان اشترى الكل ثم باع الثمرة وقال: يبتنى الوجهان عندى على الوجهين في أنه هل يجوز أن يستثني منفعة الدار المبيعة شهراً أو شهرين أو يبيع دابة ويستثني ظهرها ليركبها إلى بلد كذا وفيه وجهان: أحدهما: يجوز كما لو باع ثم استأجر فعلى هذا بشرط هاهنا القطع، والثاني: لا يجوز لأنه يصير بشرط تأخير تسليم المبيع فعلى هذا الإجاجة إلى شرط القطع لأنه استبقاء لا استثناء. وقيل: يبتنى على أصل آخر وهو: أنه [٦٥أ/٦] لو باع عبداً وله مال وقلنا يملك العبد هل يستتبع هو ماله قولان، وإذا قلنا يستتبع جعلنا ذكر العبد في العقد كذكره مع ماله فهاهنا يلزمه اشتراط القطع. كما لو باع ثم اشترى، وإن قلنا هناك لا يستتبع فهاهنا لا يلزمه اشتراط القطع.

مسألة: قال: والكرسفُ إذا بيعَ أصلهُ كالنخل.

الكرسف: القطن ويقال له: الكرسوف، والقطن ضربان حجازي وخراساني والحجازي: شجر قوي يبقى سنتين فيطلع ويلقط كلما طلع فهذا كالنخل سواء يجوز إفراده بالعقد مطلقاً ومع الأرض فإذا بيع وحده أو مع الأرض فالجوز الذي فيه كالطلع إن كان قد ظهر القطن في بعضه فكلها للبائع، وإن لم يكن ظهر شيء فكلها للمشتري. وأما الخراساني: فإنه لا يبقى إلا سنة واحدة ثم يحصد كالباقلاء فلا يجوز إفراده بالبيع إلا على شرط القطع، وإن باع الأرض معه صح وإذا باع وحده بشرط القطع أو مع الأرض نظر فإن كان الجوز الذي فيه [٦٥ب/٦] رطباً ضعيفاً لم يقو ما فيه فالبيع جائز وذلك لا يجوز كالحشيش يكون للمشتري وإن كان الجوز الذي فيه قوي واشتد فالبيع باطل سواء ظهر بعضه أو لم يظهر منه شيء لأنه مقصود بالبيع مجهول فهو كبيع الزرع في سنبله وإن تشقق الجوز وظهر كل الجوز يجوز بيعه بلا إشكال.

مسألة: قال: ويخالف، الثمارَ من الأعنابِ وغيرها النخلُ[١].

الكلام الآن فيما يتبع الأصل بإطلاق البيع وما لا يتبع وجملته: أن النبات على ثلاثة أضرب شجرة وما في معناه وزرع فالشجر على ثلاثة أَضرب ما يقصد ورده وما يقصد ورقه

(١) انظر «الحاوي» (٥/ ١٦٧).

وما يقصد ثمره أما ما يقصد ورده فالورد الأبيض والأحمر والأصفر والياسمين ونحو ذلك فإذا بيع أصله نظر فإذا كان قبل أن يطلع فما يطلع بعده يكون للمشتري وإن كان قد أطلع فعلى ضربين ضرب في كمام ينفتح وهو الورد فما ظهر من الورد من كمامه فهو للبائع لأنه نماء ظاهر وما لم يكن ظهر من كمامه فهو للمشتري لأنه [٦٦أ/٦] نماء لم يظهر. وحكي عن أبي حامدٍ أنه قال: ظاهر كلام الشافعي أنه للبائع وإن كان في كمامه وهذا غير صحيح والقياس ظاهر فيما ذكرنا لأنه يكون كالطلع غير المؤبر.

والضرب الثاني: ما يخرج بارز الأكمام عليه ثم يكبر وينفتح كالياسمين فإن كان الورد قد برز فللبائع وإن لم يكن برز فإنه يحدث في ملك المشتري. وأما البنفسج فهو في معنى الورد لأن أصله يبقى سنين ويخرج الجوز منه ثم يتفتح ويظهر فإن كان لم يتفتح فللمشتري. والنرجس كذلك لأنه يبقى سنين ومن أصحابنا من قال: هو بمنزلة الزرع لأنه يحول كل سنة. وأما ما يقصد ورقه وهو التوت ويسمى الفرصاد فإن لم يكن ورقه ظهر فهو للمشتري وإن كان قد ظهر فيه وجهان.

قال أبو إسحاق: هو للبائع لأن الورق المقصود كالثمرة المقصودة وهذا أصح ومن أصحابنا من قال: هو للمشتري لأن له ثمرة مقصودة خاصة التوت الشامي فورقه كسائر الأوراق وكالأغصان.

ومن أصحابنا من قال: [٦٦ب/٦] إن كان شامياً يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه فإنه يبدو في عقده ثم يتفتح عنها فإن كان في عقده تبع الأصل وإن انشقت العقد وظهر ورقها لم يتبع الأصل وكان للبائع وهو قريب من قول أبي إسحاق. وقال القاضي أبو حامد في «جامعهِ»: قد قيل: ورق التوت يباع إذا خرج من كمامه وبه يبدو صلاحه. وقال النخعي وعطاء: يباع إذا صار مثل أرجل البط وهو بدو صلاحه، وأما الحناء فيقصد ورقه أيضاً بعد تفرع أغصانه من غير أن يكون في عقدة يتفتح عنها فإذا بدا ورقه بعد التفريع ثم باع شجره كان في حكم النخل المؤبر فيكون للبائع.

أما ما يقصد ثمرته فعلي خمسة أضرب:

أحدها: ما تظهر ثمرته بعينها ترى في أولها كما يرى في آخرها لا حائل دونها من كمام ولا قمع كالتين فإذا باع أصله فإن كانت قد ظهرت ثمرته فهي للبائع وإن لم يكن ظهرت فللمشتري وكذلك العنب.

والثاني: ما يخرج في كمام ولا يزال عنه الكمام إلا [٦٧أ/٦] عند الأكل وهو الرمان واللوز يظهر في كمامه ولا يزال يكبّر الكمام ويرى في أوله كما يرى في آخره، فإذا باع

الأصل وقد ظهر شيء من هذا فهو للبائع لمعنيين، أحدهما: معنى الشافعي وهو أنه يخلق في قشره وبقاؤه فيها من مصلحته وإنما يزال عنه القشر عند الأكل، والثاني: ما ذكره أصحابنا وهو أن هذا يقشر نفس الثمرة فإنه يدخر عليها وإنما تزال عنه القشرة عند الأكل ويباع بقشره فهو كالتين.

والثالث: ما يخرج في كمام ثم تنشق الكمام وتظهر الثمرة وهو النخل وقد ذكرنا حكمه.

والرابع: ما يظهر وعليه قشرتان عليا وسفلى وهو الجوز والرانج واللوز كل هذا يخرج وينعقد وعليه قشرتان تتشقق العليا منهما وتظهر الثانية التي تلي اللب نص عليه الشافعي عليها في «الأم» فقال: إذا باع رجل أرضاً فيها شجر رمان وجوز ورانج[1] وغيره مما دونه قشر يواريه إذا ظهرت ثمرته بثمرته للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فسوَّى بينها وبين الرمان وجعل [٦٧ب/٦] كلها للبائع. وقال أصحابنا: أراد الشافعي إذا تشققت القشرة العليا عن الجوز واللوز وبقيت السفلى فتكون في هذه الحالة كالرمان لا يتبع الأصل لأن بقاء هذا القشر من مصلحته لا يزال عنه إلا وقت الحاجة إلى أكله فأما إذا كانت عليه القشرة العليا بحالها تكون للمشتري لأن تلك القشرة تزول عنه فهو كالطلع غير المؤبر ولم يذكر في «الحاوي» غير هذا.

وقال أبو حامد مثل هذا وقال: يحتمل أن الشافعي لم يعلم أن للجوز واللوز قشرتين عليا وسفلى لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز فحمل أمره على أن له قشرة واحدة، ولهذا قال الشافعي حين جمع بين هذه الأشياء التي دونها حائل لا يزال عنه إلا وقت الحاجة إلى أكله فهو في معنى ما تخرج ثمرته بارزاً وهذه صفة القشرة السفلى دون العليا ويفارق الطلع لأنه يتشقق في شجره وتحصل ثمرته بخلاف هذا. ورأيت القاضي الطبري ذكر الجوز مع التين في تصنيفه في المذهب والخلاف وهو ظاهر كلام [٦٨أ/٦] الشافعي والأقيس ما تقدم.

والخامس: ما يظهر ورده أولاً ثم يتناثر وتنعقد ثمرته كالتفاح والسفرجل والإجاص والخوخ ونحو ذلك. وقال أبو إسحاق: وعصيره إذا بيع أصل هذه الثمرة وكان الورد عليها لم يتساقط عن الثمرة ولم يظهر بعد فهو كالطلع الذي لم يؤبر يكون للمشتري وإن كان الورد قد تناثر وظهرت الثمرة يكون للبائع.

---

(١) الرانج هو الجوز الهندي كما في المصباح مادة /رنج/ وقيل هو نوع من التمر الأملس.

وقال القفال: إذا تحبب ثمارها فللبائع. وإن كان النور باقياً عليها وإن لم تحبب فالنور كالورق. وقال أبو حامدٍ: الذي يجيء على المذهب أن النَوْر يكون للبائع كالطلع المؤبر لأن الشافعي قال: ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل فكل ثمرة تخرج بارزة فهي بمنزلة الطلع المؤبر وأراد به أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد ويشاهد من بين ذلك الورد ثم يتساقط الورد عليها وتبقى الثمرة وتكبر فهي بمنزلة الثمرة البارزة من الطلع والدليل على هذا أنه لا خلاف أن الطلع إذا أبّر يكون للبائع والطلع إذا أبّر لم يظهر الثمرة بل ظهر منها ما يجري مجرى [٦٨ب/٦] شجر البائع إلى أوان الجذاذ، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: يلزم البائع والمشتري قطعها في الحال فإن امتنع أجبر عليه وهذا غلط لأن النقل والتفريغ للمبيع يجب على العرف والعادة كما لو باع داراً مشحونة بالأمتعة والطعام لا يجب نقلها إلا على العادة شيئاً بعد شيء في النهار دون الليل كذلك هاهنا فإن قيل: هذا في معنى استثناء منفعة المبيع لنفسه وذلك لا يجوز، قلنا: هذا لا يجوز شرطاً فأما إذا ثبت العرف فيه جاز شرعاً كما لو باع أمةً من وجه يصح ومنافع البضع للزوج في معنى الاستثناء شرعاً كذلك هاهنا.

فإذا تقرر هذا فإنما له ذلك على ما جرت به العادة بالنقل عن الشجرة فإن كان عيناً نقله إذا استحكمت حلاوته، وإن كان فاكهة نقلها لفظها إذا تناهى إدراكه، وإن كان نخلاً فكذلك حين تتناهى حلاوته إلا أن يكون مما يؤكل بسراً وبسره حيز من رطبه كالحيسوان فإنه يجده حسن يستحكم حلاوة بسره لأن هذا هو العادة. قال في الأم: فإن استحكم حلاوته فعليه نقله، وإن [٦٩أ/٦] قبل إبقاؤه في شجره خير له وأبقى له لأن عادة النقل قد حصلت فليس له التبقية كما لو اشترى داراً فيها بز فعلى البائع نقله وإن كان بقاؤه في هذه الدار حرز له كذلك هاهنا.

مسألة: قال: وإذا كانَ لا يصلحها إلا السقيُ فعلىٰ المشتري تخلية البائع.

إذا حصلت الثمرة للبائع والشجر للمشتري فأراد أحدهما السقي وامتنع الآخر لم تخل من أربعة أحوال إما أن يضر بالنخل والثمرة معاً أو لا يضر بهما وينفعهما أو يضر بالنخل دون الثمرة أو بالثمرة دون النخل فإن كان يضر بهما هذا إنما يتصور في غير النخل فأما النخل فينفعه السقي أبداً فأيهما طلب السقي لم يجبر الآخر عليه لأنه سفه وتضييع، وإن كان السقي ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه لأنه لا فائدة في الامتناع مما ينفعه ولا يضره. وقال في «الأم»: وإن اختلفا في عدد السقي فقال أحدهما: كل عشرة أيام، وقال الآخر:

أكثر رجعنا إلى أهل الخبرة ويعمل على ما جرت ولا فرق بين أن يكون الطالب البائع والممتنع المشتري أو الطالب [٦٩ب/٦] المشتري والممتنع البائع.

فإن قيل: هلا قلتم السقي أبداً على المشتري لأنه صاحب الأصل ومالك الشجرة والثمرة لغيره كما قلتم فيمن باع ثمرة نخلة فالسقي على البائع حتى يستوفي المشتري؟ قلنا: الفرق أنه إذا باع ثمرة فعليه إقباضها وتسليمها على التمام وسقي الأرض من تمام الإقباض فكان السقي عليه وهاهنا الثمرة وقعت مستثناة للبائع على ملكه ولكنها باقية علي شجرة المبتاع وليس على المشتري إقباضها ولا تسليمها لأنه ما باع فلهذا لم يكن السقي عليه ثم ينتظر فإن سقيا معاً فالأجرة عليهما وإن سقى أحدهما دون الآخر فالأجرة على الذي تولى السقي دون الآخر وإن كان السقي يضر بالنخل وينفع الثمرة فأراد البائع السقي قال أبو إسحاق: يقال للمشتري: أتسمح بأن يمكنه من السقي وإن أضرَّ بك؟ فإن فعل أقر العقد بينهما وإن قال: لا أسمح قيل للبائع أتسمح بترك السقي وإن أضر بك؟ فإن فعل أقر العقد بينهما، وإن قال: لا أسمح فسخ العقد بينهما لأنه ليس أحدهما بإدخال الضرر عليه بأولى من الآخر.

وقال ابن [٧٠أ/٦] أبي هريرة: يجبر الممتنع على التمكين من السقي لأنه دخل في العقد على البائع تبقية الثمرة إلى وقت الجذاذ وهو يعلم أن الثمرة تحتاج إلى السقي فلزمه الرضا بذلك. وإن كان يضر بالثمرة وينفع النخل فعلي الوجهين قال أبو إسحاق: على التفصيل.

وقال ابن أبي هريرة: يجبر البائع على التمكين منه لأنه دخل في العقد على هذا وأيهما سقى فالأجرة عليه لأن المنفعة حصلت له فإذا تقرر هذا قال الشافعي: وإنما له من الماء ما فيه صلاح الثمرة لأن البائع متى وإلى السقي بعد السقي مجاوزاً للحد أضرَّ بالأشجار وكما يتضرر بالعطش المفرط كذا يتضرر بالري المفرط.

فرع

لو انقطع الماء وعطشت الثمرة وتركها على الأصل يضر بالأصل فطالبه المشتري بقطعها فإن كان ضرراً يسيراً لم يلزمه القطع، وإن كان ضرراً كبيراً يخاف من جفاف النخل أو نقصان حملها؛ قال في «الأم»[1]: فيه قولان: أحدهما: لا يجبر البائع عليه لأنهما سواء في الحق والمشتري دخل في العقد على هذا، والثاني: يجبر عليه وهو الصحيح لأنه ممنوع

(١) انظر «الأم» (٣/ ٣٥٧).

من الإضرار [٧٠ب/ ٦] بالمشتري في الأصول التي باعها وضرر الأصول أكثر.

مسألة: قال: وإن كانت الشجرةُ مما تكون الثمرةُ فيه ظاهرةً ثم يخرجُ منها قبلَ أن يبلغَ الخارجةَ ثمرة غيرها.

الفصل

ذكر المزني هاهنا مسألتين. إحديهما: إذا باع شجرةً عليها ثمرة ظاهرة فالثمرة للبائع فلم يأخذ البائع الثمرة حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت بالخارجة اختلاطاً لا يتميز هل يبطل البيع أم لا؟ الثانية: إذا باع الثمرة دون الشجرة فملكها المشتري ولم ينقلها حتى حدثت أخرى واختلطت بالمبيع اختلاطاً لا يتميز هل يبطل البيع أم لا؟ وينبغي أن نتكلم على الثانية ثم على الأولى وهي إنما يكون في التين والباذنجان والقثاء والخيار والبطيخ يتبع الظاهرة منها ثم تحدث أخرى فتختلط بها فإذا اختلطت بها نُظِر، فإن تميزت الخارجة من الحادثة وهي عبارة الشافعي، تسمىٰ الأولى: خارجة والثانية: حادثة، فالخارجة للمشتري والحادثة للبائع ولا كلام.

وإن اختلطت فلم تتميز إحداهما عن الأخرى فهل ينفسخ البيع أم لا؟ فيه قولان بلا خلاف [٧١أ/ ٦] بين أصحابنا: قال في «الأم» و«الإملاء»: البيع باطل والثاني حكاه الربيع لا يبطل وجه الأول: أنه تعذر تسليم المبيع المستحق بالعقد لأن البائع لا يمكنه إقباض المبيع وحده ولا يجبر على تسليم غيره فأشبه إذا مات العبد المبيع قبل القبض فإن قيل: لم يتعذر تسليمه لأن البائع يسلمه مع الزيادة قيل: لا يجبر البائع على تسليم الزيادة ولا يمكنه التسليم بدونها فثبت التعذر ولأن البائع لو بذل مع الزيادة لا يجبر المشتري على قبوله فثبت التعذر ولأن البائع لو بذل مع الزيادة لا يجبر المشتري على قبوله فثبت أنه تعذر ذلك.

ووجه القول الثاني: وهو اختيار المزني أن المبيع بحاله وإنما يضاف إليه غيره على وجه لا تبين عنه وهذا لا يوجب بطلان البيع كما لو كان المبيع عبداً صغيراً فكبر أو ثمرة فزادت وهذا القائل يقول: إذا بذل البائع الزيادة يلزم القبول لأنه غير متميز عن المبيع، لكنه عين أخرى لا يلزمه القبول لأنها متميزة عن ملكه فإذا قلنا بالقول الأول فلا كلام، وإذا قلنا بالقول الثاني [٧١ب/ ٦] يقال للبائع: أتسمح بالحادثة مع الخارجة للمشتري؟ فإن قال: نعم أجبرنا المشتري على قبوله وإن أبى لا يقال للمشتري: أتسمح بترك الخارجة للبائع؟ لأن الخارجة كل المبيع فلا يقال له: دع المبيع كله، ولكن يفسخ العقد.

وأما المسألة الثانية ـ وهي الأولى في الكتاب ـ: إذا باع شجرة التين وفيها تين ظاهر فالبيع صحيح والشجرة للمشتري والثمرة للبائع ولم ينقل البائع الثمرة حتى ظهرت الثانية فإن

تميزت فالثانية للمشتري لأنها حدثت في ملكه ولا كلام. فإن قيل: هلا قلتم الحادثة للبائع أيضاً كما قلتم في نخلٍ أبر بعضه فالثمرة للبائع وما يظهر من بعد له أيضاً في أحد الوجهين؟ قلنا: الفرق أن ثمرة النخل في العام واحدة فلا يتبع بعضها بعضاً لأنها لا تحمل في السنة إلا مرة فكانت كلها للبائع وهاهنا التين يحمل حملين بطناً بعد بطن فكانت الأولى: للبائع، والثانية: للمشتري وإن لم تتميز إحداهما عن الأخرى هل يبطل البيع؟ قال المزني: إنها على قولين كالمسألة قبلها واختلف أصحابنا فيها على طريقين، قال ابن خيران: [٧٢أ/٦] وصاحب «الإفصاح»: لا يبطل البيع هاهنا قولاً واحداً وغلط المزني في النقل لأن الشافعي ذكر القولين في المسألة التي ذكرناها فنقل الجواب إلى هذه المسألة وهذا لأن في تلك المسألة اختلط المبيع بغير المبيع وهذا اختلط غير المبيع بغير المبيع لأن الخارجة غير مبيعة ولكنها بقيت على ملك البائع والحادثة ملك المشتري وهي غير مبيعة وإنما المبيع الشجرة ولكنه يملك الثمرة بملك الشجرة واختلاط غير المبيع بغير المبيع لا يوجب بطلان البيع، كما لو باع داراً فيها طعام فاختلط هذا الطعام بطعام للمشتري بعد البيع لا يبطل البيع كذلك هاهنا.

قال ابن خيران: ولكن تأويل ما نقله المزني أنه أراد إذا باع الشجرة وملك المشتري الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ثم اشترى المشتري ثانياً تلك الثمرة ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها فهاهنا يختلط المبيع بغير المبيع فهي مسألة القولين. وقال عامة أصحابنا: المسألة على قولين كما نقله المزني لأن الشافعي نص في «الأم» على القولين وذكر ما يدل [٧٢ب/٦] على القولين في هذه المسألة فقال: الخارجة للبائع والحادثة للمشتري فلو كان المبيع هو الثمرة لقال: الخارجة للمشتري والحادثة للبائع.

وقال أيضاً: يقال للبائع: أتسمح بتسليم الحادثة للمشتري؟ فإن فعل وإلا قيل للمشتري: أتسمح بتسليم الخارجة للبائع؟ فلو كان المبيع هو الثمرة الخارجة لم يصح أن يقال: أترضى بتسليم الخارجة للبائع؟ لإنهاء كل المبيع فثبت نص الشافعي على قولين في هذه المسألة والدليل على هذا أن من اشترى شجرةً فالمقصود ثمرتها ولا فرق بين أن يختلط المبيع بغير المبيع أو المقصود بالبيع بغيره أو نقول: الحادثة هاهنا من توابع المبيع ولا فرق بين اختلاط البائع بالبيع وبين اختلاط نفس المبيع لأن تسليمهما واجب بحق العقد وبهذا فارق إذا باع داراً فيها طعام فاختلط ذلك الطعام بطعام المشتري لأن ذلك ليس بتابع للمبيع ولا مقصوداً بالعقد بخلاف هذا.

وأما تأويل ابن خيران فغلط لأن هناك وإن اختلط المبيع بغير المبيع إلا أن كله للمشتري واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر [٧٣أ/٦] في المبيع أصلاً فإذا قلنا: البيع باطل فلا

كلام وإذا قلنا صحيح يدعى كل واحدٍ منهما إلى ترك حقه من الثمرة إلى صاحبه فإن فعل أحدهما ذلك جاز البيع وإلا فسخ العقد على ما نص في «الأم».

وحكي عن ابن خيران: أنه إذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من في يده في القدر الذي يستحقه صاحبه منها ولو علما جميعاً أن البائع لا يمكنه قطع ثماره حتى تخرج ثمار المشتري فتختلط بملك البائع كان البيع من الأصل باطلاً لأنهما تعاقداه مع تبين العجز عن التسليم إلا مع الخصومة الواقعة بينهما، ولو شرط أن يقطع ثمره في الحال قبل أن يخرج الجديد للمشتري يصح البيع، وقال الربيع: فيه قول آخر لا يبطل البيع في هذه الصورة ولكن يقال عند حدوث الزيادة للمشتري وللبائع: أتسمح بترك حقك على ما ذكرنا وهذا خلاف النص. والربيع أخذ هذا من أحد القولين فيه إذا باع قرطاً جزه فلم يجزه المشتري حتى زادت فيه قولان وغلط في هذا لأن القرط يباع بشرط القطع والقدر الذي تناوله العقد يمكن [٧٣ب/ ٦] تسليمه في الحال معلوماً معيناً وإنما يخاف التعذر بما سيكون وربما لا يكون وهاهنا وقع العقد على الشجرة والثمرة موجودة يقتضي تبقيتها للبائع إلى وقت الجذاذ فإذا علم اختلاطها بغيرها حالة العقد فقد عقد مع يقين العجز عن التسليم بالاختلاط فيبطل العقد ووزانه من تلك المسألة: أن لو باع بشرط أن يقطع البائع ثمرتها في الحال فلا يبطل البيع على ما ذكرنا.

فإذا تقرر هذا ففيما نقل المزني إشكال وذلك أنه حكى هذه المسألة ثم عطف عليها وهكذا قال في بيع الباذنجان في شجره والخربز وهذه الصورة بخلاف الصورة الأولى فكيف يحسن عطفها عليها لأن المبيع في الصورة الشجرة فلا يكون اختلاط المبيع بغير المبيع، وفي الثانية: اختلط المبيع بغير المبيع وإزالة هذا الإشكال أن يقال: إنما استجاز العطف هكذا لمشابهتهما في المعنى وذلك أن البائع إذا باع الشجرة واستبقى الثمرة وحدثت ثمرة أخرى للمشتري فقد اختلط حق المبيع بحق غير المبيع وإن لم يختلط العين بالعين وذلك [٧٤أ/ ٦] الحق حق السقي لأن سقي الثمرة القديم على البائع وسقي الحادثة على المشتري وربما يتنازعان في ثمن الماء فصار هذا كاختلاط المبيع بغير المبيع.

وإذا تقرر هذا فرّع المزني على هذه المسألة فرعين أحدهما قال: وهكذا إذا باع قرطاً جزه فلم يقطع حتى طال القرط، والقرط هو: الرطبة قرط وقصب وقت. وقال الأزهري: القرط هو هذا القت الذي يسميه أهل هراة الغورية وهو لا يستخلف إذا جز كما يستخلف القت الصغار للورق وجز القت حصده، فإذا قال: بعتك هذا القرط لم يجز إلا بشرط القطع فإن توانى المشتري ولم يقطع حتى طالت وغلظت لم يجبر البائع على التسليم ولكن هل يبطل العقد؟ فيه طريقان: أحدهما: لا يبطل البيع قولاً واحداً ولكن يقال للبائع: أتسمح؟

فإن سمح وإلا فسخ العقد لأن هذه زيادة غير متميزة كسِمَن العبد وكبره ويفارق الثمرة لأنه أعيان متميزة اختلطت بغيرها فكان حكمها أغلظ، والثاني: وهو الصحيح.

المسألة على قولين لأنه اختلط بالمبيع غيره وهذه الزيادة تجري [٧٤ب/ ٦] مجرى الزيادة المتميزة بدليل أنه لا يجبر البائع على تسليمها وسِمَن العبد وكِبَره يكون للمشتري لا حق للبائع فيه ولأن السِمَن في الصورة لا يتميز وهاهنا زيادة الخلقة والورق والأغصان في الصورة يتميز فإن قيل: أليس لو اشترى طلعاً فزاد كان للمشتري فقولوا في زيادة القرط مثله؟ قيل: الفرق أن تلك الزيادة تحدث من نماء الطلع الذي هو ملكه فكانت له وهاهنا الزيادة تحدث من الأصول التي هي ملك البائع فكانت له.

والفرع الثاني قال: وهكذا لو باع حنطة فأشالت عليها حنطة أخرى فإن كان قبل القبض فيه قولان أيضاً بلا خلاف بين أصحابنا كمسألة الثمرة ونص في «الأم» و«الإملاء»: أنه يبطل فإذا قلنا لا يبطل فإن سلم الكل إلى المشتري فلا خيار له وهل يجبر على قبوله وجهان، وإن امتنع البائع من بذله فله الخيار. وإن كان بعد القبض فالعقد صحيح قولاً واحداً، فإن كان في يد البائع بأن يكون قبضها من البائع ثم أودعها عنده فالقول قول البائع في مقدار طعام المشتري لثبوت يده عليه، وإن كان في يد المشتري [٧٥أ/ ٦] فالقول قول المشتري في مقداره لثبوت يده عليه وهذا لأن القبض إذا حصل فقد استقر العقد فلا يضر الاختلاط بعده وهكذا في مسألة الثمرة لو جز المشتري الثمرة وردها إلى الجرين بثمرة البائع لا يبطل البيع قولاً واحداً لأنه استقر البيع بالتسليم بدليل أنه لا ينفسخ البيع في تلك الحالة بالتلف وليس كذلك ما دامت على الشجرة لأن التسليم غير تام فيها، ألا ترى أنه لو عطشت الثمرة كان على البائع سقيها؟

فإذا تقرر هذا اختار المزني في مسألة الثمرة أن يفرق بين ما قبل القبض وبعده كما في مسألة الحنطة إذا أشالت عليها حنطة أخرى، وهو قول أبي حنيفة أيضاً، فقال: إن كان قبل القبض بطل، وإن كان بعد القبض لا يبطل ويقتسمانه فإن اختلفا في قدر حق كل واحدٍ منهما فالقول قول من في يده، قلنا: الفرق أن الحنطة إذا قبضت انقطعت العلقة بينه وبين البائع وتم القبض واستقر. وفي الثمرة لا يتم القبض بالتحلية لأن على البائع إكمال الإقباض على ما ذكرنا من سقي الشجرة حتى تجد الثمرة [٧٥ب/ ٦] ولو لحقها عطش كان للمشتري الخيار، فكان الاختلاط بعد القبض وقبله سواء هناك، ومن أصحابنا من قال في مسألة الحنطة قبل القبض: بطل البيع قولاً واحداً لأن الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار وهذا أصح.

فرع

لو باع شاةً فاختلطت بقطيع لا تميز، المذهب أنه يبطل البيع ويفارق الحنطة لأن هناك الإساغة لا تمنع البيع وهاهنا الاشتباه مانع من العقد حتى لو قال: بعتك شاةً من هذا القطيع لا يجوز، وقيل: لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن تقبض الكل وتقرر الحكم في المبيع ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع لإنسان وهذا لا يصح، لأن الشرط في القبض تسلط به على المقبوض وتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة.

مسألة: قال: وكلُّ أرضٍ بيعتْ فللمشتري جميعُ ما فيها من بناءٍ وأصلٍ والأصلُ ما له ثمرةٌ بعد ثمرة[1].

الفصل

في اللفظ خلل لأنه يوهم أن البناء خارج عن عمارة الأصل لأنها تستأنف تفسير الأصل فقال: والأصل ما له ثمرة بعد ثمرة وقال بعض [١٧٦أ/ ٦] أصحابنا: لفظ الشافعي فللمشتري جميع ما فيها من أصل والأصل كل بناء وشجر له ثمرة بعد ثمرة والأول أظهر ولم يرد الشافعي بهذا إخراج الأشجار غير المثمرة عن هذا الحكم، ولكنه أراد أن الزرع ليست من جملة الأصل لأنها تثمر مرة ثم تتلف حتى يزرع غيرها.

فإذا تقرر هذا فباع أرضاً لا يخلو إما أن يقول: بعتك هذه الأرض بحقوقها مدخل في البيع جميع ما في الأرض من البناء والشجر، وإما أن يقول: بعتك هذه الأرض مطلقاً، قال الشافعي: يدخل في البيع جميع ذلك، وقال في الرهن: لا يدخل في الرهن إلا البناء والشجر، واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق: فمنهم من قال: فيها قولان أحدهما: لا يدخل فيهما لأن اسم الأرض لا ينطلق على ما فيها، والثاني: يدخل فيهما لأنه متصل بها فهو كأجزائها، ومنهم من قال: المسألة على حالين فإن قال: بحقوقها يدخل فيها، وإن أطلق لا يدخل فيهما، ونص الشافعي في الرَّهن عند الإطلاق ومنهم من فرق بينهما وحمل النصين على ظاهرهما، والفرق أن البيع يزيل الملك فاستتبع حقوق [٧٦ب/ ٦] لقوته، والرهن لا يزيل الملك فلم يستتبع، وهذا هو الصحيح واختاره القاضي الطبري وجماعة، فإن قيل: أليس لو باع النخل لا تدخل فيه الثمرة، وإن كانت متصلة فكذلك البناء؟ قلنا: الفرق أن الثمرة لا تراد للبقاء فليست من حقوقها بخلاف البناء والشجر.

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٥/ ١٧٦).

فرع

لو قال: بعتك هذا البستان يدخل في البيع الأرض وما فيها من الأشجار أجمع لأنه يسمى بستاناً بجميع ذلك، ألا ترى أنه إذا أزيل عنها الأشجار لا يسمى بستاناً، وأما البناء الذي فيها والجدار المحيط بها على الطرق التي ذكرناها، وقال بعض أصحابنا: يدخل فيها الجدار المحيط بها قولاً واحداً، لأن البستان اسم لجميعها وهو ضعيف عندي، ولو قال: حائط بستان فالجدار المحيط به يدخل في البيع، فإن كان في إخلاله بناء فعلى الطرق.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذه القرية دخل في البيع ما يحيط به البناء من البيوت والدكاكين والحمام ولا يدخل ضياعها ولا بساتينها، ولو كان في جوف القرية غرس فعلى الطرق، ولو قال: بعتك هذه القرية بحقوقها دخل الغراس والبناء الذي في [٧٧أ/٦] جوفها دون المزارع لأنها ليست من حقوقها فلا يدخل إلا أن يقول: بمزارعها أو بأراضيها.

فرع آخر

لو باع أرضاً فيها دولاب للماء فيه وجهان أحدهما: يدخل في البيع لاتصاله بها ولأن فيه كمال منافعها ويجري مجرى أبواب الدار المبيعة، وإن لم يكن من جنسها، والثاني: لا يدخل كما لا يدخل بقرة الدولاب ولا خشبه الزرنوق، وقال بعض أصحابنا: إن كان الدولاب صغيراً يمكن نقله صحيحاً على حاله بغير مشقة لم يدخل، وإن كان كثيراً لا يمكن نقله صحيحاً إلا بالتفصيل أو بمشقة غالبة دخل لأنه نصب للبقاء كالشجر.

فرع آخر

لو كان في الأرض رحى الماء دخل بيت الرحا وبناؤه، وفي حجارة الرحا ثلاثة أوجهٍ أحدها: يدخل علواً وسفلاً لأنها من تمام المنافع، والثاني: لا يدخل أصلاً لامتيازها، والثالث: يدخل السفل دون العلو لانفصاله، وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فيدير الرحا يتبع الرحا وإلحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو.

فرع آخر

لو كان فيها سماد فللبائع إلا أن يكون قد بسط [٧٧ب/ ٦] في أكثر من ....[١]

فرع آخر

لو قال: بعتك هذه الدار دخل في البيع جميع ما هو مركب فيها ومبني من السقوف والأبواب والرفوف المركبة والدنج المعقودة والأوتاد ... من دفائن كانت الرفوف موضوعة على الأوتاد[٢] في البناء لا يدخل في البيع، وقال بعض أصحابنا: لأن البناء والرفوف لا تدخل فعلاً لأنها أثبتت للاستقرار دون الإسمال، وقال أبو حنيفة: يدخل فيها ما كان داخلاً من الحقوق دون الخارج، وإن كان متصلاً بها، ولهذا احترز الشرطيون .... فقالوا: وكل حق هو خارج منها وهذا قول بخلاف الإجماع، والتعليل الانفصال يوجب التسوية بين «الأم» وقال زفر: كلما كان في الدار من آلة وقماش لا يستغنى عنه يدخل في البيع وهذا أظهر فساداً، ولو جاز هذا لدخل العبيد والطعام أيضاً.

فرع آخر

إذا قال: بعتك هذه الدار فما فيها من المرافق المنتفع بها على ثلاثة أضرب: متصل بها ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل ومنفصل يتعلق بمنفعة المتصل، فأما المتصل [٧٨أ/ ٦] بها كالخوابي المدفونة والحجر التحتاني من الرحا ونحو ذلك يدخل في البيع، لأنه بني للبقاء فيها ويفارق الحجر المدفون والكنز لأنه مودع فيها للنقل عنها لا للبقاء فيها بخلاف ما ذكرنا، وهكذا أجاجيز الخباز يدخل في البيع، وأفتى بعض مشايخ طبرستان: أنه لا يدخل فيها الخوابي وهو غريب، وقال في «الحاوي»: إن كان للتأبيد كجباب الزياتين والبزارين دخلت في البيع، وإن كانت مدفونة استيداعاً لها في الأرض لم يدخل كما لا يدخل الحجارة التي دخلت في البناء وهذا أصح عندي.

وأما المنفصل الذي لا يتعلق بمنفعة المتصل كالبكرة والحبل والدلو والسلم والرفوف التي تنقل وتحول غير المسمرة لا يدخل في البيع شيء منها، كالفرش وكذلك السرير وحجر الرحا إذا لم يكن مركباً والأبواب غير المعلقة والحطب، وأما المنفصل المتعلق بمنفعة المتصل كالمفاتيح الرومية والحجر الفوقاني من الرحا فيه وجهان أحدهما: وهو اختيار أبي

---

(١) العبارة في الأصل غير واضحة وهي في «**الحاوي**»: وسماد محمول فكل ذلك للبائع لا يدخل في البيع إلا بالشرط أو يكون التراب والسماد قد سقط في الأرض واستعمل وانظر «**الحاوي**» (٥/ ١٧٨).

(٢) سواد في المخطوط.

إسحاق يدخل في البيع لأنه متعلق بمنفعة المتصل كالأبواب الثابتة والمغلاق مع أن [٧٨ب/٦] الأبواب قائمة في الدوارات غير مغروزة فيها، والثاني: لا يدخل في البيع وهو اختيار ابن أبي هريرة لأنها منفصلة بنقل وتحوّل من مكان إلى مكان كالدلو والحبل ويفارق الأبواب لأنها وإن كانت منفصلة إلا أن البناء محيط بها، وإنما بنيت منفصلة ليمكن ردَّها وفتحها بخلاف هذا فإن البناء غير محيط بها.

فرع آخر

قال القفال: ما أثبت فيها بالطين ينظر فإن كان مما لا ينتفع به لو رفع كالتنور والكانون المتخذ من آجرات أو قدر ركبت فيه يدخل في البيع، وما أثبت فيه كي لا يتحوك ولا يتزعزع، ويمكن رفعه ويبقى انتفاعه كإجانة القصار ومعجن أثبت في الدار بالطين والرفوف المسمرة والسلاليم المسمرة والأوتاد المغروزة في الحائط وقدر الحمام وصندوق الطحان فيه وجهان: أحدهما: يدخل في البيع لأنه صار من جملة البناء لإثباته بالطين، والثاني: لا يدخل لأنه موضوع غير مبني في الحقيقة، وأما القفل ومفتاح غير المغلاق لا يدخل في البيع بحال.

فرع آخر

ألواح الدكان المنفصلة [٧٩أ/٦] يغلق بها هل يدخل في البيع؟ وجهان وقيل: يدخل وجهاً واحداً لأن تلك تجري مجرى الباب للدار.

فرع آخر

هل يدخل رأس التنور في البيع؟ وجهان ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو اتصل بالدار حجرة أو رحبة لم يدخل بخروجها عن حد الدار.

فرع آخر

لو اتصل بها ساباط على حائط من حدودها هل يدخل؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها: لا يدخل كالحجرة، والثاني: يدخل كالأجنحة والميزاب، والثالث خرَّجه أبو الفياض: يعتبر حال الأجذاع من الطرفين مطروحاً على حائط لهذه الدار دخل في بيعها لأن جميعه تبع وإن لم يكن كذلك بأن كان أحد الجانبين على حائط لغير هذه الدار فلا يدخل في بيع هذه الدار.

فرع آخر

لو باع سفينة تدخل آلتها المتصلة، وهل تدخل آلتها المنفصلة التي لا يستغنى عنها؟ وجهان.

فرع آخر

قال الشافعي: إن كان في الدار حمام لم يدخل في البيع قال الربيع: أراد حمامات الحجاز تتخذ من الخشب يغتسل [٧٩ب/٦] فعلى قول أبي إسحاق: مالك المكان أحق به فإن تجاهل غيره فدخل في ملكه وأخذه ملكه وعلى قول ابن أبي هريرة: يلزم الرد على مالكه ولا يملكه المتجاهل بأخذه، وأما البيع فعلى ما مضى في بيع ماء بئر الدار سواء.

فرع آخر

لو باع أرضاً فيها معدن جامد دخل في البيع لأنها من جملته أجزاء الأرض والكنوز لا تدخل ويكون للبائع إن ادّعاها، وإن لم يدعها نظر إلى من ملك الأرض عنه وقد سبق حكمه في كتاب الزكاة.

فرع آخر

لو باع داراً يحتاج أن يذكر للدار أربعة حدود فلو ذكر حدين لم يجز، ولو ذكر ثلاثة حدود فإن كانت لا تتميز بذكرها بطل وإن تميزت فالصحيح أنه يصح لحصول الامتياز، وفيه وجه آخر أنه لا يصح ما لم يذكر الرابع.

فرع آخر

لو باع عبداً لا يدخل ثياب بدنه في مطلق بيعه إلا بالتسمية ولكن العادة جارية بالعفو عنها فيما بين التجارة، وقال أبو حنيفة: يدخل ذلك في مطلق البيع [٨٠أ/٦] وقال بعض العلماء: يدخل قدر ما يستر العورة للضرورة كنعل الدابة وهو وجه لأصحابنا، وفيه وجه ثالث يدخل تمام ثياب البدن للعادة، وقال ابن عمر: يدخل في جميع ما على العبد والأمْة من الثياب والحلي لأنها في يد من ملكت وهذا غلط، لأنه منفصل عن المبيع ولو لزم قدر ما يستر العورة للزم قدر ما يسد الجوعة ولا قائل به.

فرع آخر

لو باع دابّة لا يدخل فيه الجَل والمِقود، وقال بعض العلماء: يدخل فيه ذلك كما قال

هناك في قدر ما يستر العورة ويدخل النعال المسمرة لأنها كالمتصل بخلاف القرط في الأذن.

فرع آخر

لو اشترى سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة لا يدخل في البيع ثم ينظر فإن كان فيها أثر ملك من ثقب فهي لقطة لا يملكها الصياد البائع، وإن لم يكن فيها أثر ملك فهي للصياد لأنه قد يمر بمعدن اللؤلؤ فتبتلع منه شيئاً.

فرع آخر

لو ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة [٨٠ب/٦] تدخل في البيع لأن السمك قد تغتذي بالسمك فيكون من جملته بخلاف اللؤلؤ، وكذلك لو ابتاع طائراً فوجد في جوفه سمكة أو جراداً قال الشافعي رضي الله عنه: ويؤكل ذلك ولكن بعد الغسل لنجاسته بما في جوف الطائر، ولو كان في جوف الحوت لم يجب غسله لأن ما في جوف الحوت لا يكون نجساً بخلاف ما في جوف الطائر.

مسألة: قال: وإنْ كانَ فيها زرعٌ فهوَ للبائعِ يُتركُ حتى يحصدَهُ.

لما ذكر الشافعي حكم الثمار تكلم على حكم الزرع فإذا باع أرضاً فيها زرع لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون الزرع ظاهراً أو بذراً في الأرض فإن كان ظاهراً لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون مما يحصد دفعة واحدة أو جزة بعد جزّة، فإن كان مما يحصد دفعه واحدة كالحنطة والشعير فلا يخلو إما أن يطلق العقد أو يشرط، فإن أطلق فالزرع للبائع لأنه يزاد للنقل لا للبقاء فهو كمتاع الدار، فإذا ثبت أنه للبائع فله بنفسه إلى حين الحصاد، وقال أبو حنيفة: عليه نقله في [٨١أ/٦] الحال كما قال في الثمرة وهو غلط لما ذكرنا، فإن قيل: هلاّ قلتم: إن البيع باطل لأن المشتري اشترى أرضاً منفعتها لغيره كما لو اشترى أرضاً مكتراة فالبيع باطل لأنه اشترى أرضاً منفعتها لغيره؟ قلنا: في بيع الأرض المكتراة قولان، وهاهنا قال أبو إسحاق: فيه قولان أيضاً، وليس بشيء بل المذهب أنه لا يبطل هاهنا قولاً واحداً، والفرق أن هناك يداً حائلة تمنع المشتري عما اشتراه فيبطل في أحد القولين وهاهنا لا حائل دونها فإن له الدخول إليها والتصرف في غير مواضع الزرع منها، ولهذا يجوز بيع «الأمَة المزوجة قولاً واحداً لأنه ليس عليها يد الزوج ولا يمكنه منع صاحبها من التسليم ثم نقول لأبي إسحاق: لو كان هذا من باب بيع الأرض المكتراة لوجب أن يبطل البيع هاهنا قولاً واحداً، لأن مدّة بقاء الزرع مجهولة ومتى جهلت المدّة بطل العقد كما لو وجب لها

سكنى دار مدة عدتها فباعها مالكها يبطل قولاً واحداً، لأن مدة العدة مجهولة.

وقال في «الإفصاح»: من أصحابنا من قال: يبطل البيع قولاً واحداً لأنه يصير كأنَّ [٨١ب/٦] البائع استثنى منفعة مجهولة لنفسه وهذا يبطل عليه بيع النخيل التي عليها الثمرة، وإذا تقرر هذا وبقاه البائع إلى أوان الحصاد لا يكون عليه أجرة مثل الأرض مدة بقاء الزرع فيها، وإن كان قد انتفع بأرض المشتري فإن قيل: هلاً قلتم عليه أجر مثلها مدّة بقاء الزرع فيها كما لو اشترى أرضاً شراءً فاسداً فزرعها يلزم أجرة مدّة بقاء الزرع فيها إذا استرد الأرض وترك الزرع إلى أوان الحصاد؟ قيل: الفرق أنه لا يملك المشتري في الشراء الفاسد منفعة الأرض فكان عليه الأجرة وهاهنا منفعتها مملوكة للبائع لأنها كالمستثناة عن العقد فلم تتلف منفعة غيره فلا أجرة، ويؤكده أن الأجرة إنما تجب إذا زرعها بعقد الإجارة أو بغير حق، وليس هاهنا واحد منهما فلا إجرة فإذا ثبت هذا فجاء وقت الحصاد عليه الحصاد في أول وقت الحصاد، وإن كان بقاؤه بعد هذا أنفع له كما قلنا في الثمرة يقطعها البائع إذا تمت حلاوتها، ولو حصد ونقل الزرع قبل وقت الحصاد ليس له أن تنتفع الأرض بغير الزرع [٨٢أ/٦] إلى وقت الحصاد ولأنه إنما ملك الانتفاع بها لهذا الزرع فليس له أن ينتفع بغيره كما لو كان المبيع داراً فيها طعام ينقل في شهر فنقله في يومين سقط حقه وليس له أن ينتفع بها بقية الشهر، وهكذا له بقية الثمرة إلى حين الجذاذ فلو صرمها قبل ذلك سقط وليس له أن ينقل إلى البستان بعد ذلك، كذلك هاهنا وإن حصده في أوانه نظر فإن كان زرعاً لا تضر عروقه بالأرض كالحنطة والشعير فلا كلام، وإن كان مما يضر بها عروقه كالقطن والذرة فعليه نقل العروق عنها لأن هذا ملكه وبقاؤه يضر بها كما لو باع أرضاً فيها حجارة يلزمه نقلها.

ومن أصحابنا من قال: يلزمه قلع أصول الزرع بكل حال، والأصح التفصيل على ما ذكرنا، فإذا نقل فإن لم يحصل في الأرض حفر يحتاج إلى الإصلاح فلا كلام، وإن كان فيها حفر يحتاج إلى الإصلاح فعلى البائع إصلاحها وتسويتها لأنه حفرها لاستصلاح ملكه فكان الضمان عليه، كما لو باع داراً فيها جبّ كبير لا يخرج من الباب إلا بهدم شيء منه وعليه ما نقص بالهدم [٨٢ب/٦] وكذلك إذا هربت دابة فدخلت في دار رجل ولا يمكن أن يخرج منها إلا ببعض شيء من الدار يضمن البعض على صاحب الدابة، ولهذا قال بعض أصحابنا: لو وقع دينار في جرة رجل ولا يخرج إلا بكسرها كسر ويجب ضمانها على صاحب الدينار، وإن باع بشرط أن يكون الزرع للمشتري لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد تسنبل أو لم يتسنبل فإن كان قبل أن يتسنبل أو بعد أن يتسنبل، وقبل أن يشتد الحب فيه جاز ذلك لأنه حشيش، ألا ترى أنه يجوز إفراده بالعقد فجاز بيعه مع الأرض فإن

قيل: هلاَّ قلتم لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كما لو أفرده بالعقد؟ قلنا: الفرق أنه إذا أفرده صار مقصوداً بالعقد وفي بيعه من غير شرط للقطع غرّز فلم يصح، وإذا باع مع الأرض فالغرز في التابع في العقد فلا يضر العقد وهذا كبيع الثمار قبل بدو صلاحها مطلقاً من غير شرط القطع لا يجوز، ولو باعها مع الأرض مطلقاً يجوز، وإن كان قد تسنبل واشتد الحب فيه نُظِر فإن كان الحب ظاهراً كالشعير يجوز البيع لأنهما مقصودان ظاهران يجوز بيع كل واحدٍ منهما على الانفراد، وإن [٨٣أ/٦] كان الحب في كمام كالحنطة فاختلف قول الشافعي في الحنطة في سنبلها على قولين:

فإذا قلنا: يجوز إفراده بالبيع فلأن يجوز بيع الأرض أولى، وإن قلنا: لا يجوز بطل البيع فيهما لأنهما مقصودان أحدهما مجهول، فإن قيل: أليس لو باع حرّاً وعبداً يبطل في الحر وهل يبطل في العبد؟ قولان هلاَّ قلتم مثله هاهنا؟ قلنا: الفرق أنهما معلومان يمكن تقسيط الثمن عليهما فافترقا.

وقال في «الحاوي»: هل يجوز تبعاً للأرض؟ وجهان أحدهما: يجوز لأنه تجوز الجهالة تبعاً كأساس البناء، والثاني: لا يجوز لأنه وإن كان تبعاً فهو مقصود في نفسه بخلاف الأساس وهذا غريب، ومن أصحابنا من قال: هذا الوجه صحيح إذا قلنا بالقول الضعيف بمسكه المشتري بجميع الثمن عند الإجارة في تفريق الصفقة لأنه يأخذ المعلوم بكل العوض فلا يضر الجهل بما عداه، فإذا قلنا: لا يجوز فيه هل يبطل البيع في الأرض قولان بناء على تفريق الصفقة، ومن أصحابنا من أبطله في الأرض قولاً واحداً للجهل [٨٣ب/٦] بحصة ما قابل الزرع المجهول من الثمن، وهذا من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفقة.

فإن قلنا: يصح في الأرض فللمشتري الخيار، فإن أجاز يمسكه بكل الثمن قولاً واحداً لأن الفاسد مجهول الحصة، وإن كان الزرع يحصد دفعة بعد دفعة ويبقى أصله في الأرض سنين كالرطبة والنعناع والكراث، فإذا باع الأرض مطلقاً قد ذكرنا أن الأصل تابع لهما كالنحل سواءً، ثم ننظر فإن لم يكن فيها شيء ظاهر كأنه باعه حين حزّه فما نبت للمشتري، وإن كان هناك نبت ظاهر فهو للبائع بإطلاق العقد على ما ذكرنا، وعلى البائع نقله في الحال فإن قيل: أليس قلتم في المسألة قبلها: للبائع تبقيته إلى أوان الحصاد؟ فهلاَّ قلتم هاهنا مثله؟ قلنا: الفرق ما ذكره الشافعي أن للزرع والثمرة حداً إذا انتهيا إليه أحد وليس للرطبة جذاذ إذا انتهى إليه أحد فكان عليه النقل في الحال، وأيضاً قال أصحابنا: الرطبة تطول وتخرج غير ما كان ظاهراً منها فيفوت على المشتري ما يظهر له منها فكان عليه النقل في الحال والثمرة [٨٤أ/٦] والزرع يكبر بذاته وينشأ بنفسه ولا يتفرع له أغصان لم يكن ولا

يفوت على المشتري شيئاً لأن الثمرة والزرع لجميع العام فكان له التبقية إلى حين الحصاد، وقال في «الحاوي»: هل ينتظر جزازه؟ وجهان على ما ذكرنا في نظيره، وهكذا إن لم يكن له أصل يبقى سنين ولكنه يجزه دفعة بعد دفعة كالهندباء والجرجير ونحو ذلك، قال الشافعي في «الأم»: هي كالأصول وكذلك القثاء والخيار والبطيخ كالأصول نص عليه واعتبر ما يجز دفعة بعد دفعة ولم يفرق بين طويل المدة وقصرها، فالجزة الأولى للبائع وما بعدها للمشتري، وقال في «الحاوي»: البطيخ وما يؤخذ ثمرته مرة بعد مرة ولكن في عام واحدٍ هل هو في حكم الشجر لأن ثمرته لا توجد دفعة وحكمه ما ذكرنا.

وقال البصريون : هو في حكم الزرع فللبائع أصله وثمره لأنه زرع عام واحد والشجر يبقى أعواماً والهندباء والجرجير والكراث.

قال: وأما الموز فأصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخاً يحمل في العام المقبل فالأصل [٨٤ب/٦] الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع لأنه لا يبقى بعد سنته والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع هذا الكلام كله في الزرع الظاهر، فأما إن كان بذراً لم ينبت فالبذر ضربان: بذر لأصل يبقى وبذر لما يؤخذ دفعة واحدة فإن كان لأصل يبقى كبذر المشمش والخوخ والجوز واللوز والنعناع والرطبة فإنها تتبع الأصل لأنها دفنت للبقاء فصارت أصلاً في نفسها لشجرها، وإن كان لما يؤخذ دفعة واحدة كبذر الحنطة والشعير لا يتبع الأصل لأنه مستودع فيها للنقل والتحويل كالحجر المستودع، ولا فرق في المسألة الأولى بين أن يكون نبت وجرت عروقه في الأرض أو لم ينبت وفي تلك الحالة دفنه فيها لأنه دفنه للبقاء فهو كما لو غرس فسلاً في أرضه ثم باعها قبل أن يعلق الفسيل ببيع الأرض.

وقال في «الحاوي»[١]: إذا قلنا: إنه ينتظر بما ظهر منه تناهي جزازه وهو في الرطبة والنعناع فأول الحرة الثابت من هذا البذر للبائع، وإن قلنا لا ننتظر فالبذر وما يثبت منه [٨٥أ/٦] للمشتري ثم ينظر فإن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وللبائع يبقيه إلى حين الحصاد وهذا في بذر الحنطة، وإن كان جاهلاً به فله الخيار لأن فيه تفويت منفعة الأرض، فإن رضي البائع بتركه للمشتري أو قال: أنا أحوله وأنقله قال في «الأم»: لا خيار له لأنه أبطل العيب بالنقل وزاده خيراً بالترك ويلزمه قبوله لأن فيه تصحيح العقد وعلى هذا لو اشترى نخلاً فيها طلع فبان أنها قد أبّرت ولم يعلم المشتري له الخيار لأنه يستضر ببقائها

---

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/ ١٨٤).

في نخله هذا إذا باع الأرض مطلقاً فإن باعها مع البذر فإن جهل جنسه وصفته لم يجز قولاً واحداً، وإن علمه فالمذهب أن البيع باطل لأنهما مقصودان أحدهما: مجهول، ومن أصحابنا من قال: يصح البيع فيهما وتسقط الجهالة على سبيل التبع كالحمل في الحامل ولا يجيء فيه قول تفريق الصفقة لأن البذر مجهول لا يمكن تقسيط الثمن عليهما على ما ذكرنا، وقيل: يصح في الأرض إذا قلنا: نأخذ في الجابر بكل الثمن، وقيل: إذا باع البذر مع الأرض قولان والقول [٨٥ب/٦] الثاني يصح فيهما لأن الشافعي قال في كتاب التفليس: أو باع زرعاً مع أرض خرج أو لم يخرج والأول أصح، ومن قال به قال فيما ذكره في التفليس الزرع عبارة عن النابت وقوله خرج أو لم يخرج يعني سنبله، وقال في «الإفصاح»: وفي معنى ما ذكرنا إذا باع أرضاً فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها هل يصح فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، والثاني: يجوز كاللبن في اللبون والجمل في الحامل يجوز البيع فيه تبعاً.

مسألة: قال: وإن كانَ فيها حجارةٌ مستودعةٌ.

الفصل

إذا باع أرضاً فيها حجارة باطنة لم يخل من ثلاثة أحوال: إما أن تكون مخلوقة في الأرض أو مبنية فيها أو مستودعة فإن كانت مخلوقة فيها مع خلقة الأصل دخلت في البيع لأنها كأجزاء الأرض من التراب والطين ولأنها ليست بأكثر من المعادن الباطنة كالجواهر والذهب والفضة المخلوقة في الأرض وكلها تدخل في البيع كذلك هذه الحجارة فإذا ثبت هذا نُظر فإن كانت لا تضر بزرع ولا شجر بحيث لا يصل إليها عرق [٨٦أ/٦] واحد منهما فلا خيار للمشتري لأنها ليست بعيب، وإن كان يضر بهما أو بأحدهما فهو عيب يرد به المبيع، وإن كان المشتري عالماً به فلا خيار، وإن كان جاهلاً فله الخيار فإن اختار الإمساك أمسك بكل الثمن لأنه عيب فلا يتقسط الثمن عليه.

وقال في «الحاوي»: إن كان يضر بالغراس لوصول عروقه إليها وغير مضرة بالزرع لبعد عروقه منها هل يكون عيباً يوجب للمشتري الخيار وجهان: أحدهما: عيب لأنه منع بعض منافعها. والثاني: وهو اختيار أبي إسحاق لا يكون عيباً لكمال المنفعة بأحد المقصودين وكذلك لو كان يصلح للغرس دون الزرع فيه وجهان أيضاً.

قال: والأصح عندي أن ينظر في تلك الناحية فإن كانت الأرض فيها مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع لا يكون عيباً ولا خيار، وإن كانت مرصدة للغرس فهذا عيب لأن العرف المعتاد يجري في العقود مجرى الشرط ولعل اختلاف الوجهين على هذا التفصيل

فلا يكون في الجواب اختلاف، وإن كانت الحجارة مبنية فيها للبقاء [٨٦ب/ ٦] والتأبيد كالدكة وأساس الحيطان فالحكم فيها كما لو خلقت في أصل، وكذلك إذا كان البناء مهدماً أو كانت في طي بئر خراب، وإن كانت مستودعة فيها وهي مسألة الكتاب وهذه عادة أهل الحجاز يأخذون الأحجار ويسوونها مربعة عريضة يبنون بها فربما يكون عند الرجل منها شيء لا يحتاج إليه في الحال ويضيق به المكان فيودعه تحت الأرض لوقت الحاجة فهو لا يدخل في بيع الأرض بالإطلاق ثم لا يخلو إما أن يكون في الأرض شجر أو لا شجر فيها، فإن لم يكن فيها شجر بل كانت أرضاً بيضاء مزرعة لا شجر فيها لا يخلو الحجر من أحد أمرين: إما أن يضر بقاؤها في الأرض أو لا يضر، فإن كان بقاؤها يضر وقلعها لا يضر فهو عيب للبائع نقلها لأنها ملكه وللمشتري مطالبته بنقلها لتفرغ الأرض وإذا ثبت أنه عيب فهل للمشتري الخيار نُظِر فإن كان عيباً من غير ضرر مثل أن ينقلها في مدة ليس للأرض في مثلها أجرة كيوم فما دونه فلا خيار للمشتري لأنه عيب يزول من غير ضرر على المشتري.

قال أبو إسحاق: [٨٧أ/ ٦] فهو كما لو باع عبداً فأبق فقدر البائع على رده في الحال أو باع داراً قد امتلأت بالوعتها وحشّها فقال البائع: أنا أزيل ذلك في الحال فلا خيار للمشتري، وكذلك لو غُصِب المبيع قبل القبض فقال البائع: أنا أنتزعه في زمان يسير لا خيار للمشتري، فإذا ثبت هذا ونقل البائع ذلك فعليه تسوية الأرض سواء نقلها قبل القبض أو بعده لأنه حفرها لتخليص ملكه بغير تفريط من صاحب الملك، وإن كان البائع لا يمكنه إزالته إلا في مدة لمثلها أجرة كاليومين والثلاثة فما فوقها لم يخل المشتري من أحد أمرين: إما أن يكون عالماً بها أو جاهلاً فإن كان عالماً لا خيار له لأنه دخل على بصيرة بالضرر، وإن كان جاهلاً فله الخيار فإن اختار الأمثال أمسك بكل الثمن وللبائع النقل وللمشتري مطالبته بالنقل، وإذا نقله فعليه تسوية الأرض قبل القبض أو بعده، هكذا ذكر جماعة أصحابنا، وأما أجرة المثل لمدة تعطيل منفعتها نظر فإن كان قبل القبض فلا أجرة على البائع لأنها مضمونة عليه بالثمن كما إذا قطع البائع يد المبيع [٨٧ب/ ٦] قبل القبض للمشتري الخيار من الفسخ والإجار ولا أرش له وهو قول أكثر أصحابنا.

وقال الماسرجسي: قال أبو إسحاق في بغداد قبل خروجه إلى مصر: له الأجرة قال القاضي الطبري: وهذا يحتمل عندي لأنه نص في البويطي على أن البائع إذا قطع يد العبد المبيع فالمشتري الخيار بين الفسخ والإجار مع الأرش وإذا نص في الأرش فالأجرة مثله فقد حمل فيه قولان ولا يختلف المذهب في النقص الداخل بأمر سماوي بأنه إذا أجاز يجيزه من غير أرش، وقال القفال: فيه وجهان مبنيان على أن جناية البائع على المبيع قبل القبض كآفة سماوية فيفسخ البيع إذا قبل البائع المبيع قبل القبض أو كجناية الأجنبي فيخير بين

الإجارة وأخذ القيمة من الجاني وأداء الثمن إليه، وفيه قولان فإن قلنا: جنايته كآفة سماوية لا يلزم أجر المثل هاهنا، وإذا قلنا: إنها كجناية الأجنبي غرم هاهنا أجر المثل قال في «الحاوي»: لا تجب تسوية الأرض على البائع هاهنا قولاً واحداً ولكن يثبت للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب وهذا أظهر وعلى ما ذكر القفال فيه وجهان [٨٨أ/٦] أيضاً فإن كان هذا قبل القبض فهو بالخيار بين الفسخ والإجارة أيضاً لأن هذا العيب وإن حصل بعد القبض إلا أن سببه كان موجوداً قبل القبض، فإذا اختار الإجارة وقلع البائع يلزمه الأجرة وتجب تسوية الأرض وإصلاح حفرها قولاً واحداً والفرق أن العقد لم يستقر قبل القبض ولم يلزم فلا تجب على البائع الأجرة والأرش ما يدخل فيه من القبض بخلاف ما بعد القبض، ولهذا يجوز له أخذ العوض عنه بعد القبض دون ما قبل القبض.

وقال بعض أصحابنا فيه وجه آخر لا أجرة عليه لأنه لما رضي بذلك فقد اختار سقوط الأجرة كما لو كان فيه زرع يبقى إلى حين الحصاد بعد القبض ولا أجرة له وهذا لأنه استوفى ما استحقه بمعنى قارن العقد وبهذا فارق الأجنبي، أو إذا أتلف البائع الأجزاء بعد القبض لأنه استوفى ما استحقه بمعنى قارن العقد، وبهذا فارق الأجنبي أو إذا أتلف البائع الأجزاء بعد القبض لأنه استوفاه بمعنى قارن العقد فكان عليه الضمان.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: ما ذكر القفال [٨٨ب/٦] من البناء على القولين في جناية البائع يوجب لزوم الأجرة هاهنا قولاً واحداً، ولكن المسألة مشهورة بالوجهين، وإن كان تركها لا يضر بحال لا في زرع ولا في شجر فللبائع النقل وليس للمشتري مطالبته بالنقل لأنه لا ضرر عليه في بقائها في أرضه بحال ثم ننظر فيه فإن اختار البائع النقل فالحكم على ما ذكرنا في الأجرة وخيار المشتري ووجوب تسوية الأرض، وإن اختار البائع ترك الحجارة فيها فلا خيار للمشتري، ولكن هل يملكها المشتري بهذا الترك؟ فيه وجهان أحدهما: يملكها لأنها متصلة بالمبيع وفيه تصحيح العقد وقد زاده حيزاً، والثاني: لا يملكها لأنه ابتداء هبة مجهولة وهذا أظهر.

فإذا قلنا: يملكها سقط حق البائع وانقطعت علقته عنها ولزم العقد، وإن قلنا: لا يملكها فللبائع نقلها متى أراد ثم إذا أراد النقل عاد خيار المشتري والحكم على ما ذكرنا، وقال في «الحاوي»: لا يملكها ولا يلزم قبولها وجهاً واحداً لأنها هبة محضة ويؤخذ بقلعها إن كان قلعها لا يضر أيضاً، وإن كان [٨٩أ/٦] قلعها يضر وتركها لا يضر قيل للبائع أتسمح بترك الحجارة؟ فإن سمح لزم البيع ولم يكن له الامتناع من قبولها ليثبت الخيار، ولا يقال هذه هبة فلا يلزمه قبولها لأن المقصود ليس الهبة بل المقصود إسقاط الضرر عن المشتري فيما يلحقه بالقلع فخرج عن معنى الهبة وسقطت فيه المكافأة والمنة، ثم ليس للبائع أن

يرجع فيها سواء وجد من المشتري القبول أو لا لأنه يجري مجرىٰ الإبراء الذي لا رجوع فيه ولا يفتقر إلى القبول وهذا حسن.

وقال القفال: يلزمه قبولها ثم هل هي هبة تمليك حقيقة أم هي لقطع الخصومة؟ وجهان وفائدته: أن المشتري لو استخرجها يوماً هل للبائع أن يقول ردها عليَّ وجهان ونظير هذا لو أن رجلاً اشترى دابة فأنعلها ثم وجد بها عيباً وفي قلع النعل حدوث عيب جديد فقال: لا أقلع بل أرد الدابة وأهب له النعل يلزم البائع قبوله ثم سقط النعل، فهو للبائع أو يلزم رده على المشتري؟ وجهان، وهذا إذا لم يكن غراس فأما إن كان فيها غراس لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون البائع هو الذي غرسها أو المشتري [٨٩ب/٦] فإن كان البائع غرسها فملكها المشتري بإطلاق العقد على القول الصحيح أو بالشرط على القول الآخر وصارا معاً للمشتري لا تخلو الحجارة من أربعة أحوال:

إما أن لا يضر تركها وقلعها، أو لا يضر قلعها ويضر تركها.

أو يضر الترك والقلع، أو يضر القلع دون الترك.

فإن لم يضر تركها ولا قلعها كأنها كانت من[1] الشجر بحيث لا ضرر على المشتري منها بحال فالحكم فيها كما لو كانت كما لوكانت أرضاً بيضاء لا شجر فيها وقد مضى ذلك.

فإن قيل: أوجبتم تسوية الأرض في مواضع ومعلوم أن من نقض بناء رجل غرم ولا يقال له ابن كما كان فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن البناء الثاني الذي بني غير الأول بل هو شيء يقوم مقامه والجدار ليست من ذوات الأمثال فتجب القيمة هناك ولا تجب إعادة البناء، وأما تسوية الأرض ليست بإحداث شيء ليكون مثلاً لشيء تالف بل هي إخراج عيب ونقض فإذا أمكن ذلك لم يجب الغرم، وإن كان تركها يضر وقلعها لا يضر بالشجر بحال، فالحكم في هذا القسم أيضاً كما لو لم يكن فيها شجر بحال [٩٠أ/٦] لأنها إنما فارقت البيضاء بكون الشجرة فيها فإذا كان قلعها لا يضر بالشجر لا اعتبار بكون الشجر فيها.

وإن كان تركها يضر وقلعها يضر وهو أنها تمنع أن تجري عروق الشجر في الأرض، وإذا قلعت احتاج إلى قطع العروق فهو عيب يرد به المبيع سواء قلعت الحجارة في مدة الأرض في مثلها أجرة، أو لا أجرة لها لأن النقص عاد إلى العروق، فإن كان المشتري عالماً لا خيار له وإن كان جاهلاً له الخيار، وكذلك لو كان عالماً بالحجارة ولم يعلم

---

(١) العبارة في الأصل غير واضحة وانظر «**الحاوي**» (٥/ ١٨٦).

تضررها له الخيار أيضاً فإن اختار الإمساك فالحكم في تسوية الأرض والأجرة على ما ذكرنا، وأما أرش النقص الداخل على الشجرة بالقلع فيه طرق أحدها: الأرش عليه لأنه إذا رضي بالإمساك فقد رضي بالنقص.

وقال أبو إسحاق: هذا كالإجرة إن كان قبل القبض فقولان، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: قبل القبض يلزمه قولاً واحداً وإن كان قبل القبض لا يلزم، وإن كان بعده يلزم، وقال ابن سريج: إن كان بعد القبض يلزم قولاً واحداً، وإن كان قبل القبض فقولان [٩٠ب/٦] وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان قبل القبض وبعده، والأصح أنه يجب، وإن كان تركها يضر بالغراس دون الزرع لزم البائع قلعها وجهاً واحداً، وقال في «الحاوي»: بخلاف الحجارة المخلوقة في أحد الوجهين لأن الحجارة المودعة تدليس من البائع يمكنه رفعها بخلاف المخلوقة، وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار الترك لا خيار للمشتري وهل يملك بالترك على ما ذكرنا، وقال القفال: لو قلع المشتري تلك الأشجار بعد ذلك هل للبائع قلع الأحجار؟ وجهان مبنيان على ما أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم القيمة ثم وجد المثل هل له ردّ القيمة ومطالبته بالمثل؟ وجهان، وإن اختار القلع فللمشتري الخيار لأنه يضر بالمبيع ولا فرق بين أن يقول له البائع: أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقل فإن قيل: ينبغي أن لا خيار إذا أعطاه أرش النقص كما إذا اختار ترك القلع لا خيار له قلنا: الفرق أنه لا نقص للترك فكهذا لا خيار له، وفي القلع نقص ففي الخيار وإن بذل له أرش النقص كما لو اشترى شيئاً فوجد به عيباً لا يسقط خياره [٩١أ/٦] بأن يقول البائع: أنا أبذل أرش العيب كذلك هاهنا، فإذا ثبت أن له الخيار فإن اختار الرد فلا كلام وإن اختار الإمساك فالحكم في التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى، هذا إذا كان البائع قد غرسها، فأما إذا غرسها المشتري وكانت الأرض بيضاء الأغراس ثم علم بأن تحتها حجارة فإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن سمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له، لأنه لا ضرر عليه في بقاء الحجر فيها، وإن امتنع وأراد قلعها فالحكم على ما بيناه قبل القبض وبعده، وإن كان تركها يضر وقلعها لا يضر فإن قال البائع: أنا أقلعه فالحكم على ما ذكرنا من الفصل بين ما قبل القبض وبعده.

وإن قال: أنا أسمح بالحجارة للمشتري اختلف أصحابنا فيه قال أبو إسحاق: لا خيار له لأن أكثر ما فيه أن يكون أرضاً مستحجرة لا تصلح للغراس وهذا لا يوجب الخيار إذا كانت تصلح لغير الغراس من الزرع، كما لو كانت الأرض رملة لا تصلح للغراس ليكن للمشتري الخيار، وقال ابن أبي هريرة: له الخيار لأنه تدليس ويفارق الأرض الرملة لأنه لم يحصل فيها [٩١ب/٦] تدليس وهذا أظهر، وإن غرسها المشتري بعد العلم بالحجارة سقط

رده لأنه تصرف بما يدخل النقص على المبيع بعد العلم بالعيب ثم لا يخلو إما أن يضر قلعها أو تركها أو يضر قلعها دون تركها، فإن كان الأمران يضران فللبائع القلع لأنه ملكه وللمشتري المطالبة لإزالة ضرر الترك، ثم إذا قلع يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً لأنه تحول ملكه عن الأرض بإدخال النقص على الغير وقد سقط رد المشتري.

وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار القلع فعليه أرش النقص قولاً واحداً، وكيفية التقويم أن يقال: كم يساوي هذا الشجر ولا نقص؟ قالوا: مائة فيقال وكم يساوي وبه هذا النقص؟ قالوا: تسعون قلنا: نقص العشر فيلزم حصته من القيمة وإن اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري على ما ذكرنا، ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها مع الزرع وتحتها أحجار فليس للبائع أن يقلع الأحجار ما لم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع لأن لوقت الحصاد وإدراك الزرع [١٩٢أ/٦] غاية بخلاف قلع الأشجار، وإن كان الزرع للبائع فالضرر يختص به والخيار إليه، وإذا تقرر هذا ففي لفظ المختصر إشكال، وذلك أنه نقل، ولو كان غرس عليها شجراً وهذا لفظ يتردد بين احتمالين أحدهما: أن المشتري غرس بعد الشراء، والثاني: أن البائع غرس قبل البيع فربما يحمل بعض أصحابنا هذا اللفظ على المشتري ويجعله الغارس ولا يصح ذلك والصحيح أن الغارس هو البائع قبل البيع لأن المشتري لو كان هو الغارس لما ثبت له الخيار وإن تضررت الأشجار بتلك الأحجار لأنه ضرر على غير المبيع إذ الأشجار الحادثة ليست بمبيعة ذكر الإمام الجويني رحمه الله: وهو غير قول أبي إسحاق على ما ذكرنا وقد ثبت أن الأظهر غير هذا.

باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار

قال: أخبرنا مالك الخبر، إذا باع ثمرة قبل بدو صلاحها لا يخلو: إما أن يبيعها بشرط القطع أو بشرط التبقية أو مطلقاً فإن باعها [٩٢ب/٦] بشرط القطع يجوز بلا خلاف لأنها إذا قطعت أمن من الغرر فيها وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ في قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[1] ومعناه أن الثمرة إذا لم يبد صلاحها لا تزال معترضة للجوائح والآفات والصواعق والبرد والرياح العاصفة والعادة تبقيتها إلى وقت القطع والعقد إذا أطلق صار مقيداً بالعادة الغالبة، فكأنه قال: بعت منك هذه الثمرة بشرط تبقيتها، ولو قال ذلك كان باقياً كما في تبقيتها من الآفة، وإن باعها بشرط التبقية بطل البيع بلا

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدوا صلاحها ثم أصابتها عاهة (٢١٩٩) والنسائي في البيوع، باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها على أن يقطعها (٤٥٢٦) ومالك في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (١٣٠٤).

خلاف لما ذكرنا، وإن باعها مطلقاً بطل البيع عندنا وبه قال مالك وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: يجوز البيع ويلزم القطع في الحال والخلاف معه في موضعين أحدهما في بطلان البيع وصحته، والثاني: في العلة فعندنا البيع بطل لأن إطلاقه يقتضي التبقية فيصير كأنه شرط التبقية وعنده إطلاقه يقتضي القطع في الحال فيصير كأنه باع بشرط القطع والدليل على ما ذكرنا ما روي عن رسول الله ﷺ [١٩٣أ/٦] أنه «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»[١] وهذا يقتضي النهي عن بيع مطلق، ولو باع هذه الثمرة مع الأصل يصح البيع، وإن لم يشترط القطع وتكون الثمرة تابعة للأصل في ذلك ولا يؤثر حصول الغرر في التابع، ألا ترى أن بيع اللبن في الضرع مفرداً لا يجوز للغرر؟ ولو باع مع الأصل جاز لكونه تابعاً واحتج الشافعي على هذا بأن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[٢] وهذا يدل على أنه إذا اشترطها تكون للمشتري وذلك بيع الثمرة مع الأصل.

فرع

لو كانت الثمرة لواحد والأصل لآخر ويتصور ذلك في الوصية فباع صاحب الثمرة من صاحب الأصل مطلقاً من غير شرط القطع فيه وجهان أحدهما: لا يجوز وهو الصحيح، لأنه باع ثمرة مفردة قبل بدو صلاحها لا على شرط القطع فأشبه إذا باعها من غير صاحب الأصل، والثاني يجوز لأن الثمرة والأصل يحصلان لواحد فأشبه إذا باع الثمرة مع الأصل وهذا ظاهر المذهب. [٩٣ب/٦]

فرع آخر

بيع الجوز قبل بدو الصلاح والسفرجل ونحوه لا يجوز أصلاً لأنه لا ينتفع به أصلاً.

مسألة: قال: وإذا أذنَ رسولُ اللّهِ ﷺ في بيعهِ إذا صارَ أحمرَ أو أصفرَ فقَد أذنَ إذا بدا فيه النضجُ واستطيعَ أكلهُ خارجاً من أن يكونَ كلهُ بلحاً.

---

(١) أخرجه البخاري في الزكاة، باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه (١٤٨٦) ومسلم في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط (١٥٣٤) والنسائي في الأيمان والنذور، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض (٣٩٢١).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة (٢٢٠٤) ومسلم في البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر (١٥٤٣) والنسائي في البيوع، باب العبد يباع ويستثني المشتري ماله (٤٦٣٦).

الفصل

إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها ينظر فإن باعها بشرط القطع جاز لأنه إذا جاز قبل بدوّ الصلاح بهذا الشرط فبعد بدو الصلاح أولى وإن باعها مطلقاً جاز بلا خلاف إلا أن عندنا تبقى إلى وقت الجذاذ وعند أبي حنيفة يطالب بالقطع في الحال، وإن باعها بشرط التبقية يجوز عندنا، وبه قال مالك وأحمد ومحمد إلا أنه يقول: يجوز ذلك إذا تناهى عظمها وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز بشرط التبقية وهذا غلط، لأن النقل يجب على العرف والإطلاق فيه كالشرط كما في أمتعة البيت فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في بدو الصلاح ما هو؟ فعندنا بدو الصلاح: النضج ولا اعتبار بالتلون لأن من الثمار ما لا يتلون إذا نضج، وروي [٦/أ٩٤] عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه قال: بدو الصلاح في الثمار بطلوع الثريا، وبه قال بعض الفقهاء لما روي أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة فقال له عثمان بن عبد اللّه بن سراقة: متى ذلك؟ فقال: «إذا طلع الثريا»[١] ولا يتحقق الخلاف بهذا في الحكم لأن وقت طلوع الثريا وقت بدو الصلاح فهو اختلاف في العبارة والعلة، فعندنا يجوز لِبُدوّ الصلاح وعنده لطلوع الثريا وهذا غلط، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل يا رسول اللّه وما تزهي؟ قال: «حتى تحمر أو تصفر»[٢] وقال عطاء بُدوّ الصلاح: بأن يوجد فيها ما يؤكل، وقال النخعي: هو قوة الثمرة واشتدادها.

فإذا تقرر هذا فبدو الصلاح في الرطب أن يحمر البُسْر أو يصفر، وفي العنب إن كان أسود أن يسود، وإن كان أبيض كالعنب الرازقي أن تبدو فيه الحلاوة ويصفرّ وتقوى نواته ولحمه، وإن كان أحمر أن تحمر، وفي التفاح ونحوه أن يطيب أكله فيه بوجود الحلاوة، وفي المشمش بالصفرة وفي العناب [٦/ب٩٤] بالحمرة وفي قصب السكر بالحلاوة، وفي الرمان بالحموضة أو الحلاوة، وزوال المرارة، وفي القِثّاء والخيار والباذنجان لا يعتبر تغير اللون ولا الطعم لأنه يفسد به فيه بدو الصلاح فيها أن يكبر بعضها حتى تتناهى في اكبره فإنه مادام صغيراً لا يؤمن ورود العاهة عليه، وأما البطيخ قال الشافعي وللخربز نضج كنضج الرطب فبدو الصلاح فيه أن ينضج ويطيب أكله وقيل: إذا لانت صلابته بالنضج وكذلك التين. وأما بدو الصلاح في العلف والبقول والقصب إذا تناهى طوله إلى الحد الذي يُجَزّ عليه، وفي الورد بالانتفاخ والانتشار ومتى حكمنا ببدو صلاحه يجوز بيعه مطلقاً ويشترط التبقية، وإذا تقرر هذا قال الشافعي هاهنا: والقثاء يؤكل صغاراً طيباً فبدو صلاحه أن يتناهى

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٥١٢) وفي الأم (٣/ ٤١) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٠٠).

(٢) وهو جزء من حديث تقدم تخريجه.

عظمه وأراد به أن القثاء في حال صغره يباين التمر في أول حاله ولكنه مع مباينه يوافقه في أن له وقتاً معلوماً يبدو الصلاح فيه ويأمن من الآفة كما للثمر وهو أن يتناهى عظم بزر القثاء ولهذا يتركه [٩٥أ/٦] الناس في العادة إلى هذا الوقت ثم يقطعونه ومقصود الشافعي بالتناهي أن يكبر كبراً غير مفرط، وليس قصده أن يفرط حتى ينتهي إلى أقصى غاية كبره، إذ العادة قطعه قبل ذلك لما في تركه من تراجع قيمته وهذا هو الجواب عن اعتراض ابن داوود على الشافعي المحسوسات حيث قال: والقثاء يؤكل صغاراً طيباً وهذا يعلم بالحس وكان يحب القثاء فذكره فإذا تقرر هذا يعتبر بدو الصلاح في بعض الثمار، ولو في شمراح أو عنقود منها أو بُسْرة واحدة منها فإذا حصل ذلك صار الباقي تابعاً في جواز البيع على الإطلاق، وأما الكلام في النوعين المختلفين وإذا أفرد ما لم يبد صلاحها في حائط قد بدا صلاح بعضها فعلى ما بيناه في الناس.

وقيل: نص في البويطي على أنه إذا كان أحدهما صيفي والآخر شتوي لا يتبع أحدهما الآخر، وأما العنب لا يصير تابعاً للرطب ولا جنس من الثمار يكون تابعاً لجنس آخر ولا ثمرة حائط تابعة لثمرة حائط آخر قال الليث بن سعد: إذا بدا الصلاح في جنس كان بدو الصلاح في [٩٥ب/٦] جميع ثمار ذلك البلد ويجوز بيع جميعها مطلقاً وقال مالك: إذا بدا الصلاح في جنس كان بدو الصلاح في ذلك الجنس في جميع البلد الواحد إذا كان الصلاح معهوداً لا مسكن أو لا يكون بدو الصلاح في جنس آخر، وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد»[1] ولم يفصل بين أن يكون بدو الصلاح من جنس آخر أو في حائط آخر ولأنا إنما جعلنا بدو الصلاح في بعضه كبدوه في كله لئلا يؤدي إلى اختلاف الأيدي وسوء المشاركة وتقارب التلاحق في الزمان وهذا المعنى لا يوجد في الجنسين ولا في الحائطين وكل موضع قلنا: لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع فباع بهذا الشرط كان للبائع مطالبته بالقطع فإن تراضيا على ترك القطع إلى أوان الجذاذ ولم يضر البيع شيئاً.

فرع

لو باع ثمرة على شجرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة لا يضر فيه وقد قال أصحابنا: يجوز بيعها مطلقاً من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها (١٢٢٨) وأبو داود في البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣٣٧١) وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢٢١٧) وأحمد في «مسنده» (١٢٩٠١).

[٦/أ١٩٦] ولو بقيت عليها بخلاف غيرها.

مسألة: قال: ولا وجه لمن قال: يجوزُ إذا بدا صلاحهُما ويكونُ لمشتريهما ما ثبتَ أصلهما أن يأخذَ كلما خرجَ منها.

وهذا محرم قصد به الرد على مالك حيث قال: إذا اشترى الخربز أو القثاء بعد تناهي عظمه أو عظم بعضه من غير شراء أصله كان للمشتري جميع ما يخرج من حوادثهما لأنه يشق تميزه ومذهبنا أن الحوادث الخارجة للبائع، ولو شرط ذلك بطل البيع واحتج الشافعي بأن قال هذه الحوادث كانت غير مخلوقة عند العقد فكيف يدخل في العقد ويبعد أن يشترط فيما برز بدو الصلاح ثم يقال يدخل في غير البارز في العقد، ولو جاز ذلك مثل هذا لجاز ذلك في النخل «وقد نهى رسول اللّه ﷺ عن بيع السنين»[١] وهو أن يقول الرجل للرجل: بعت منك ما تحمل هذه النخلة ثلاث سنين أو أربع سنين بكذا لأنه بيع ما لم يخلق وليس بعقد سَلَم موصوف بل هو بيع العين فإن باع الأصل مع الثمرة يجوز، ولكن لا بد من شرط [٦/ب٩٦] القطع فإن شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع على ما ذكرنا ثم إذا شرط القطع فلم يتفق فكل ما كان خارجاً وخرج بعد البيع يحصل للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشتري، وإن أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة أو سنتين فحصل له منفعة تلك المسألة ولا يملك صاحب الأرض مطالبته القطع، ولو اشترى نصف الثمرة مشاعاً من زرع أو تمر لم يبد صلاحها لا يجوز لأنه لا يمكن قطعه إلا بقطع الباقي الذي ليس بمبيع فلا يمكن شرط القطع فيه.

مسألة: قال: وكلُّ ثمرةٍ وزرعٍ دونها حائلٌ من قشرٍ أو كمامٍ[٢].

الفصل

جملة الثمار ضربان: بارزة وفي كمام فالبارزة كالتفاح والسفرجل والخوخ والرطب ونحو ذلك يجوز بيعها مقطوعة على الأرض، وفي أصولها بعد أن بدا صلاحها كيف شاء وقبل بدو صلاحها بشرط القطع لأنها معلومة بالمشاهدة، وأما التي في كمام فعلى ضربين: [٦/أ١٩٧] كمام هو من مصلحتها وحافظ لرطوبتها ويزال عنها عند الأكل كالرمان والبطيخ

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع، باب كراء الأرض (١٥٣٦) والنسائي في البيوع، باب بيع السنين (٤٦٢٦) وأبو داود في البيوع، باب في بيع السنين (٣٣٧٤) وابن ماجه في التجارات، باب بيع الثمار سنين والجائحة (٢٢١٨).

(٢) انظر «**الحاوي الكبير**» (١٩٧/٥).

والموز فهذه كالبارزة سواء وكمام لا مصلحة لها فيه وهو الكمام الفوقاني من الجوز واللوز والرانج والفستق والبندق وفي معناها الباقلى الرطب فهذه لا يجوز بيعها وعليها الكمامان بحال لا مقطوعة ولا في أصولها، وحكي عن ابن القاص وأبي سعيد الإصطخري وهو اختيار علماء البصرة: يجوز بيع الباقلىٰ الرطب في قشرتيه، وكذلك اللوز الرطب لأن القشرة الثانية مأكولة في حال رطوبته وهو وقت كمال المنفعة فإن جف لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، وإن كان جافاً، ثم قاسوا على هذا الجوز والرانج واحتجوا بأن هذا حائل من أصل «الخلقة» فلا يمنع جواز البيع كقشر الرمان وهذا خلاف نص الشافعي في «الأم» لأنه قال فيه: لا يجوز بيع الباقلى في قشرتيه فإن أزيلت القشرة الخضرة وظهرت القشرة البيضاء جاز بيعه وتعييب القول في قشره أسوأ حالاً من تعييب اللحم في الجلد لأنه يعلم به عجافته من سمنه [٩٧ب/٦] ويقال: الجلد في الحيوان حافظ لمنفعته ولا يعلم به حال الباقلىٰ ولإبقاء القشرة عليه حافظ لمنفعته لأنه يسود ويتغير في قشره، فإذا لم يجز بيع اللحم في الجلد فلأن لا يجوز بيع الباقلى في القشرة العليا أولى، وقال بعض أصحابنا بخراسان: بيع هذه الأشياء في قشرتها عند الجفاف لا يجوز خلافاً لأبي حنيفة وقد قيل: فيه وجهان مبنيان على قولي بيع الغائب لأن عليه ساتر إلا من مصلحته، وفي حال رطوبتها وجهان، لأنه ما دام الجوز رطباً فصلاح لبه في قشرتيه ولو رفعت القشرة العليا عنه تسارع إليه الفساد ويجوز بيع اللوز الرطب وجهاً واحداً لأنه يؤكل مع قشرتيه فلم تستر بما ليس بمقصود، قالوا: والمذهب الصحيح جواز البيع في الكل. وحكى الربيع عن الشافعي ما يدل على جوز البيع وهذا القول أحب إليّ ولكن ظاهر مذهب الشافعي ما تقدم.

مسألة: قال: ولم أجدُ أحداً من أهلِ العلمِ يأخذُ عشر الحبوب في كمامها ولا يجيز بيع الحنطة في سنبلها منفردة [٩٨أ/٦] عن السنبل لا يجوز إجماعاً، وأما بيعها مع السنبل هل يجوز؟ قال في القديم: يجوز وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد لما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن بيع الحب حتى تشتد»[1] وروي «حتى يفرك» وقال في الجديد: لا يجوز وهو الصحيح لأنه لا يدري قدر ما في السنبل من الحنطة وأنه جيد أو رديء، ولأن المقصود مستور بما يدخر إذا أخرج منه غالباً فاشتبه بيع الجوز في قشره العليا واحتج الشافعي بأنه لا يجوز في تبنها ولا يعرف فيه خلاف إلا من يتقسف منهم فيسوى تبنها في تبنها، وتبنها في سنبلها، وقال: لا يجوز بيع فضة في تراب بالتراب لأن المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه، فكذلك لا يجوز هذا أيضاً، وإنما قال: بالتراب ولم يقل بالفضة لئلاً

(١) تقدم تخريجه.

يتوهم متوهم أن إبطال البيع للتفاضل ولكن للجهالة، وقال: أجمع العلماء أنه لا يجوز أحد عشر الحبوب في أكمامها فكذلك لا يجوز بيعها في تلك الحالة، وأما الخبر الذي ذكروا روي حتى تفرك بفتح الراء فتصير حجتنا، وقيل: نهى قبل ذلك لعلة [٩٨ب/٦] وهي خوف الجائحة فإذا اشتد زالت هذه العلة وبقي المنع لعلة أخرى، وهي الجهالة وقيل قول واحد لا يجوز بيعها في سنبلها، وقول القديم مرجوع عنه وقيل: القولان فيه كالقولين في بيع الغائب، وقال القاضي الطبري: حكى ابن المنذر والربيع أن الشافعي رجع عن إفساد البيع فيها، وقال معنى السنة . . .[1] عليه وهو غريب.

فرع

بيع العدس والحمص والدخن والسمسم في سنبلها كالحنطة سواء، وأما الشعير والذرة وما يكون حبها ظاهراً يجوز بيعها في سنبلها لأنها يدخر عليها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: الذرة كالحنطة وهذا أظهر.

فرع آخر

الشعير بعد الدياسة إذا بيعت في التبن لا يجوز، لأن المقصود وهو الحب مستور بما ليس من صلاحه إلا إذا جوزنا بيع الغائب، واشترى الحب دون التبن فيجوز وإذا أخرج له الخيار ومونه إخراجه على البائع لأن التسليم به يقع، وقيل: قول واحد لا يجوز للجهل، وكذلك لو سلخ الجلد ثم وضع اللحم فيه [٩٩أ/٦] ثم بيع اللحم مستتراً بالجلد يجوز على قول من يجوز بيع الغائب والمذهب أنه لا يجوز.

فرع آخر

بيع الأرز في قشرته السفلى وهي الحمراء يجوز بلا خلاف لأنه لا يدخر بعد إخراجه منها، وأما بيعه في قشرته العليا وهي الصفراء قال أبو حامد: هو عندي بمنزلة الحنطة في السنبلة فيه قولان، وبه قال بعض أصحابنا، وقال غيره: يجوز بيعه قولاً واحداً، لأنه يدخر عليه ولا يرفع عنه والقشرة التحتانية بمنزلة النخالة وإذا ارتفعت الفوقانية أسرع الفساد إليه وهو كالشعير سواء، ومن قال خلاف هذا لم يعلم حالة التأبير في إدخار الأرز، وذكر القاضي الطبري وهو اختيار ابن أبي أحمد وصاحب «الإفصاح».

مسألة: قال: ولا يجوزُ أن يُستَثنيَ من الثمرةِ مُداً.

---

(١) العبارة في الأصل غير واضحة وانظر الحاوي (٥/١٩٩).

الفصل

إذا باع ثمرة على الشجرة أو موضوعة بالأرض واستثنى منها مداً أو رطلاً أو أكثر لا يجوز البيع لأنه باع نصيباً من جملته من غير أن يكون النصيب معلوماً بكيل أو [٩٩ب/٦] وزن أو جزء معلوم فأشبه إذا قال: بعتك بعض هذه الصبرة، وقال مالك: يجوز ذلك لأنه استثنى معلوماً وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع السنين والثنيا»[1] ومعناه أن يبيع شيئاً ويستثني بعضه فظاهره أنه لا يجوز كل بيع حصل فيه الاستثناء إلا إذا أقام الدليل، ولأن هذا البيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر فإذا استثنى قدراً بغير حكم المشاهدة لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة منه ويخالف إذا استثنى جزءاً لأنه لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها، ولو قال: بعتك هذه الصبرة إلا ربعها أو قال: بعتك ربع هذه الصبرة جاز لأن المبيع معلوم بعد الاستثناء، وقال الأوزاعي: لا يجوز لا بيع على شرط الشركة وهذا غلط لأنه لو باع ثلاثة أرباعها جاز، كذلك هذا ويفارق المسألة قبلها لأن استثناء المد يجعل الباقي مجهول المقدار فإنهما لو سئلا كم المد من الحائط أَسِهْمٌ من ثلاثة أَسْهُم أو سهم من ألف سهم [١٠٠أ/٦] أو أقل أو أكثر؟ لم يعرفا ذلك، ولو استثنى نخلات من البستان نُظِر فإن قال: بعتك هذه النخيل إلا ثلاث نخلات أو نخلة لا يجوز وإن عين النخلات يجوز، وقال مالك: لو لم يعين وكان قدر الثلاث يجوز وكان له ثمرة ثلاث نخلات وسط، وإن كان أكثر من الثلاث لا يجوز، وكذلك لو قال: بعتك نخلة أو نخلات منها ولم يعين لا يجوز، ولو كانت الصبرة معلومة المقدار فقال: بعتك إلا مدّاً منها يجوز لأن المد منها حينئذٍ يكون جزءاً معلوماً.

فرع

لو قال: اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم إلاّ خمسة دراهم لم يجز لأن الثمن مجهول، ولأن استثناء المعلوم من المجهول لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذه الثمرة بأربعة آلاف إلا مقدار الألف قال في الصرف يجوز لأنه استثنى ربعها، ولو قال: إلا ما يساوي ألف درهم كان باطلاً لأنه استثنى بقيمة ألف وذلك يقل ويكثر فلا يجوز.

---

(١) أخرج نحوه الترمذي في سننه (١٢٩٠)، وأبو داود في سننه (٣٤٠٥).

فرع

لو قال: بعتك هذه الشاة إلا [١٠٠ب/٦] سواقطها لا يجوز حضراً كان أو سفراً، وحكي عن أبي حنيفة يجوز ذلك استحباباً والمشهور خلافه، وهذا غلط لأنه يؤدي إلى جهالة المبيع، وقال أحمد: يجوز ويوقف في استثناء الشحم، وحكي عن مالك يجوز ذلك في السفر لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالسواقط وهذا غلط، لأنه يمكنه طبخها كما يطبخ اللحم ولأنه لا يجوز إفراد هذه بالبيع منها فلا يجوز استثناؤها.

فرع آخر

لو قال: بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز لأن القفيز والمكوك معلومان قدراً.

فرع آخر

لو قال: اشتريت صاعاً من هذه الصبرة فظاهر المذهب أنه يجوز وإن لم يعلما كم صيعان الصبرة وإن تلف البعض فما دام هناك صاع فالمبيع باقٍ، وإن لم يتلف فللبائع أن يؤدي صاعاً منها من أي موضع شاء، وقال داوود: لا يجوز هذا البيع لأنهما يختلفان فيقول البائع: أكيل لك من هذا الجانب ويقول المشتري: لا بل من الجانب الآخر وهذا غلط، لأنه يؤدي إلى الاختلاف بل الخيار للبائع كما لو أسلم [١٠١أ/٦] إلى رجل في طعام للبائع أن يعطيه من أي موضع أراد، ولو قال: على أن تكيل لي من هذا الجانب صح ويكال له من ذلك حينئذٍ لأنه معين بالعقد، وقال بعض أصحابنا بخراسان: الأقيس أن لا يجوز هذا البيع إلا أن يعرف عدد الصيعان ليكون الصاع منه جزءاً مشاعاً وإن تلف نصف الصبرة تلف من المبيع نصفه ويكون تسليم الصاع بالمقاسمة كتسليم الحر المشاع إما بقرعة أو تراضٍ، ووجه هذا أنه لا بد للمبيع من أن يكون في الذمة أو يكون عيناً تشاهد أو جزءاً مشاعاً من عين، والصاع من الصبرة المجهولة المقدار لم يوجد فيه شيء من هذا فأشبه إذا قال: بعتك ثوباً من هذه الثياب العشرة لما لم يكن جزءاً منها مشاعاً لم يجز تؤكده أنه لو فرق الصيعان، وقال: بعتك أحد هذه الصيعان لم يجز كذلك إذا كانت مجتمعة وأيضاً شراء صاع من جملة مجهولة المقدار كاستثناء صاع من جملة مجهولة المقدار وذلك لا يجوز، ولأنه لو قال: بعتك عشرة أذرع من هذه الأرض أو [١٠١ب/٦] من هذه الدار لم يجز إلا أن يكون فرعان الكل معلومة حتى يكون المبيع جزءاً شائعاً منها أو يتعين جانباً لتعين الطول والعرض للمبيع فإن قلتم: جوانب الدار تتفاوت وصيعان الصبرة لا يتفاوت فقد يكون أرضاً لا تتفاوت أجزاؤها ومع ذلك لا يجوز وهذا اختيار القفال ودلائله.

فرع آخر

لو باع ثمرة واستثنى منها قدر الزكاة يجوز ولكن لا بد من ذكر قدر الزكاة أَعُشْرٌ أو نصف عشر؟ وقال مالك: لا يلزم ذكر القدر لأنه معلوم شرعاً وهذا غلط، لأنه لو صح هذا لما لزم اشتراط الزكاة.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: إذا استثنى البائع قدر الزكاة وأمر المشتري بأدائها فأراد المشتري أن يدفع قدر الزكاة من غير هذه الثمرة فيه وجهان أحدهما: يجوز له ذلك لأنه يحل فيها محل البائع وقد كان للبائع دفع الزكاة من غيرها، والثاني: لا يجوز له ذلك لأن المشتري لم يملك قدر الزكاة بعقد ولا غيره وإنما هو كالوكيل فيها [١٠٢أ/٦] بخلاف البائع فإنه لو كان مالكاً لها وهذا هو المذهب الذي لا يجوز أن يقال غيره عندي.

فرع آخر

قال: لو أن المشتري استهلك كلها رطباً فيه وجهان أحدهما: يطالب المشتري بعشر الثمرة تمراً وهذا على الوجه الذي يجيز له دفع الزكاة من غيرها فجعل ذلك منه ضماناً لعشرها تمراً، والثاني: يطالبه بقيمة عشرها رطباً وهذا على الوجه الذي يمنعه أن يدفع الزكاة من غيرها لأنه استهلك حق المساكين رطباً فعلى هذا إن كان قيمة عشرها رطباً أقل من قيمة عشرها تمراً هل يرجع على البائع بفضل ما بينهما من النقص؟ وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الزكاة هل وجبت في الذمة أو في العين؟ فإن قلنا: في الذمة رجع عليه بقدر النقص لاشتغال الذمة بها وإن قلنا: في العين لم يرجع بقدر النقص لزوال يده عن العين.

مسألة: قال: وإن باعَ ثمرَ حائطٍ وفيه الزكاةُ ففيه قولان[1].

قد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الزكاة ونص هاهنا [١٠٢ب/٦] على قولين بكم يجيز الباقي من الزكاة بحصته من الثمن أو بكل الثمن وسكت عن قول فساد البيع الذي نص عليه في كتاب الزكاة فقال المزني: هذا خلاف قوله في كتاب الزكاة لأنه أبطل البيع هناك في أحد القولين وليس هذا باعتراض لأن له أن يفرع على أي القولين شاء وقد قال: والسلطان أخذ العشر من الثمرة فإن قال قائل: أي فائدة في هذا وهل يشكل وجوب الزكاة حتى يحتاج في ذلك إلى البيان؟ قلنا: ربما يتوهم متوهم أن المبيع إذا صح صح في الجميع والزكاة في

---

(١) انظر «الحاوي» (٥/٢٠٣).

ذمة البائع أو صح فيما عدا الزكاة والساعي ممنوع عن عين تلك الثمرة للشيوع الحادث فقطع هذا التوهم وبين أن السلطان يتبع تلك الثمرة حيث كانت حتى يأخذ زكاتها.

مسألة: ولا يرجعُ من اشترى الثمرةَ وسلِّمتْ إليه بالجائحةِ على البائعِ.

الفصل

المبيع إذا هلك لا يخلو من أحد أمرين إما أن تكون ثمرة أو غير ثمرة فإن لم تكن كالثياب والحيوان فلا يخلو إما أن يكون وهلاكه قبل القبض أو بعده [١٠٣أ/٦] فإن كان بعد القبض كان من ضمان المشتري، وإن كان قبل القبض نُظِر فإن أهلكه المشتري استقر العقد وكان من ضمانه، وإن هلك بأمر سماوي كان من ضمان البائع بالثمر قولاً واحداً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: متى ينفسخ؟ وجهان أحدهما: يوم التلف، والثاني: من أصله والزوائد الحاصلة قبل التلف مبنية على هذين الوجهين.

فإن قلنا: ينفسخ في وقته فهي للمشتري مجاناً فإن قلنا: ينفسخ من أصله فهي للبائع وهل للبائع حبس الزوائد لاستيفاء الثمن على هذين الوجهين وإن أتلفه أجنبي فيه طريقان: قال ابن سريج: لا يبطل البيع قولاً واحداً، وبه قال أبو حنيفة، وقال غيره: فيه قولان: أحدهما: يبطل البيع لأن التسليم المستحق قد فات، والثاني: لا يبطل فعلى هذا للمشتري الخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن على البائع وبين أن يخيره ويطالب الجاني بقيمة المبيع، وإن أتلفه البائع فالمنصوص الذي عليه عامة أصحابنا أن المبيع يبطل قولاً واحداً لأنه لا يمكن إيجاب القيمة على البائع يكون المبيع مضموناً عليه قبل القبض بالثمن فصار كما لو تلف [١٠٣ب/٦] في يده بآفةٍ سماوية، وقال ابن سريج: فيه قولان أيضاً، كما لو أتلفه أجنبي فإن اختار أجازه البيع على أحد القولين يطالب البائع بالقيمة ويطالبه البائع بالثمن، وقال أحمد: لا يبطل وعلى البائع مثله أو قيمته، وإن كان المبيع ثمرة نظر فإن هلكت بعد النقل والتحويل فمن ضمان المشتري وإن هلكت قبل القبض بعد التحلية فهل يوضع الجائحة عن المشتري قال في الحديد: لا يوضع وهو الصحيح وبه قال أبو حنيفة.

وقال في القديم فيه قولان: أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: توضع وهو قول أحمد وإسحاق وأبي عبيد، وإنما اختلف قوله في المسألة لما حكي عن سفيان بن عيينة من التوهين في الحديث وذلك أن سفيان كان يروي عن رسول اللّه ﷺ أنه: «نهى عن بيع السنين»[1] ثم زاد بعد زمان في الرواية وأمر بوضع الجوائح لفظه في الحديث نسيتها ثم

---

(١) تقدم تخريجه.

رأيت أن أروي ما حفظت قال الشافعي: فيحتمل أن يكون تلك اللفظة التي نسيتها دلالة على أن الأمر يوضع الجوائح على سبيل الندب وكان الأمر ما ظن [٦/١٠٤أ] الشافعي إذ قد روي في بعض أحاديث الجائحة أن امرأة أتت رسول الله ﷺ وقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل فقال ﷺ: «تألى فلان أن لا يفعل خيراً»[1]، وروي «آلى فلان أن لا يصنع معروفاً»، وفي تسميته معروفاً دلالة على أنها استحباب والدليل على صحة هذا أن قبض الأعيان الذي يتعلق به جواز التصرف ينقل به الضمان فإن قلنا: لا يوضع كان من ضمان المشتري وإن قلنا: يوضع كان كما لو كان قبل القبض فيها الأقسام الأربعة: وهي أنها إن هلكت بآفة سماوية بطل البيع، وإن أهلكها المشتري كان من ضمانه، وإن أهلكها البائع أو الأجنبي فعلى الطريقين.

وقال مالك: إن كان الجائحة دون الثلث توضع عن المشتري ويلزمه كل الثمن، وإن كان قدر الثلث فصاعداً يوضع عن المشتري واحتج بأنه لا بد في الثمرة أن يأكلها الطائر وتسقط بهبوب الريح فلا بد من فصل وهو ما ذكرت وهذا غلط، لأن هذا [٦/١٠٤ب] القدر الذي يهلك بأكل الطائر لا يؤثر في العادة ولا يبلغ ما حده إلا أن يقع عليها الجراد فلا يبقى شيئاً ويكون ذلك من جملة الجائحة، وقد قال الشافعي: لا وجه إلا وضع الكل أو إلزام الكل ولا خبر في التقدير بالثلث ولا قياس ولا معقول.

فرع

لو هلكت بعد أوان الجذاذ قبل النقل فإن قلنا: لا توضع الجائحة إذا لم يبلغ أوان الجذاذ فهاهنا أولى وإن قلنا: يوضع قبل أوان الجذاذ فهاهنا قولان أحدهما: لا يوضع لأنه فرط في ترك النقل وهو اختيار أبي حامد والقفال، والثاني: يوضع فعلى هذا كان الجائحة قبل أوان الجذاذ وهذا لأن في كمال القبض في قوله القديم قولين أحدهما: ببلوغ الثمرة أوان الجذاذ فإذا أمكن الجذاذ بعد التحلية صارت مقبوضة، والثاني: بوجود الجذاذ لا بإمكانه.

فرع آخر

إذا قلنا: يوضع الجوائح لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الهالك فالقول قول البائع لأن الأصل السلامة نص عليه في «الأم».

(١) أخرج نحوه مالك في «**الموطأ**» (١٢٨٦) وابن حبان في صحيحه (٥٠٣٢).

فرع آخر

قال [١٠٥أ/٦] أصحابنا بالعراق: لا فرق على القولين بين أن يكون الهلاك بأمر سماوي أو لسرقة آدمي أو نهب وهو ظاهر المذهب، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان بفعل آدمي فيه وجهان أحدهما: ما ذكرنا لأن ذلك جائحة في العادة، والثاني: لا توضع وبه قال أحمد لأنه يمكنه أن يتبع الجاني فلا حاجة إلى الوضع وحكي هذا عن مالك وهذا ينقض بالعبد إذا قتل في يد البائع يبطل البيع عند مالك وإن أمكن الرجوع إلى القيمة.

فرع آخر

لو لم يتلف الثمرة ولكنها عطشت ولا ماء هناك نص الشافعي على أن للمشتري الخيار واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: له الخيار قولاً واحداً لأن نقل الماء إليها عند الحاجة من نظام التسليم، ألا ترى أنها تبقى على أصولها حتى تبلغ أوان جذاذها فينقلها المشتري أولاً فأولاً، ومن أصحابنا من قال: هذا على قوله القديم في وضع الجائحة القولان على ما ذكرنا، ولو باع بشرط القطع فلم يقطع حتى أصابته آفة فلا شيء على البائع لأن حق السقي لا يلزمه حينئذٍ. [١٠٥ب/٦]

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كان المبيع عبداً فذهبت يده في يد البائع نُظِر فإن كان بآفة سماوية فالمشتري بالخيار بين الإمساك بكل الثمن وبين الرد وحكى البويطي قولاً آخر أنه يأخذه بحصته من الثمن، قال القاضي أبو حامد: وهذا لا يصح على مذهب الشافعي وإن كان يقطع الأجنبي فالمشتري بالخيار، فإن رد كان للبائع على الجاني نصف قيمة العبد وللمشتري على البائع الثمن، وإن أمسك كان عليه للبائع كمال الثمن ويرجع المشتري على الأجنبي بنصف قيمة العبد ولكنه يطالبه بعد قبض المبيع ولا مطالبة له قبل قبضه لأنه ربما يموت في يد البائع فيبطل البيع فيه ويجب أرش الجناية لبائعه، وإن كان القاطع هو البائع فالمشتري بالخيار فإن رد فلا كلام وإن أمسك فبكم يمسكه؟ قولان بناء على ما لو قتله هل يبطل البيع؟ قولان فإذا قلنا: جنايته كآفة سماوية فالمشتري يأخذه بكل الثمن أو يرده، وإذا قلنا: جنايته كجناية الأجنبي فالمشتري يأخذه بكل الثمن ويرجع على البائع بنصف قيمة [١٠٦أ/٦] العبد بعد قبض المبيع لا قبله، وقيل: فيه وجه آخر يرجع بما نقص من القيمة، وإن كان القاطع هو المشتري فكأنه قبض نصف المبيع فإن اندمل الجرح قبض الباقي واستقر الثمن عليه وإن هلك بعد الاندمال بطل البيع في القدر الذي لم يقع القبض فيه وتم في مقدار ما قبضه المشتري من المبيع ورجع على البائع بقدر ما فاته ولا يوجب في يده مقداراً ولكنا

نظر إلى ما نقص بالقطع، فإن نقص النصف فقد قبض المشتري نصف المبيع وإن نقص الثلث فقد قبض المشتري ثلث المبيع ويرجع بما بقي وعلى هذا وهذا لأنا أوجبنا بنصف قيمته ربما كان ذلك بقدر كل الثمن فيأخذ البائع من المشتري كل الثمر وإنما حصل له نصف المبيع وذلك لا يجوز، وذكر القاضي الطبري هاهنا أنه يرجع عليه بنصف الثمن وقد قبض نصف المبيع بقطع اليد والأصح ما ذكرنا، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان أحدهما: يرجع البائع عليه بنصف القيمة كما في الأجنبي، والثاني: يرجع بما نقص من قيمته لأن الجناية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي. [١٠٦ب/٦]

باب المزابنة والمحاقلة

قال: أخبرنا سفيان بن عيينة وذكر الخبر، المحاقلة بيع السنابل بجنسها من الحب والحقل هو البقل وكل حشيش رطب والمحاقلة مشتقة من ذاك وقيل: الحقل الأرض البيضاء التي تصلح للزرع والمحاقلة مشتقة من ذاك، وذكر أصحابنا عن مالك أنه قال: المحاقلة أكثر الأرض ينقص ما يخرج منه وهو المحابرة، وهذا غلط لما روى عطاء عن جابر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن المحاقلة والمزابنة»[1]، وفسر عطاء المحاقلة، وقال: المحاقلة في الحرث كهيئة المزابنة في النخل سواء بيع الزرع بالقمح، وقال ابن جريج: قلت لعطاء: أَفَسَّرَ لكم جابر المحاقلة كما أخبرتني؟ فقال: نعم، وروى الشافعي بإسناده عن جابر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن المحاقلة والمزابنة» والمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطة والمزابنة أن يبيع التمر في رؤوس النخل بمائة فرق تمر [١٠٧أ/٦] وقيل: هذا التفسير في الخبر، وقيل: إنه من الشافعي.

واحتج مالك بما روى أبو سعيد الخدري رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن المحاقلة والمزابنة» والمحاقلة كرى الأرض وفي لفظ المحاقلة استكراء الأرض بالحنطة قلنا: خبرنا أولى لأنه أشبه باللغة والقياس لأن إكراء الأرض بالحنطة بذل الحنطة في مقابلة منفعة الأرض والمنفعة ليست بحنطة، وإذا باع السنبل بالحنطة فقد باع حنطة بحنطة مع الجهل بالتساوي وذلك لا يجوز، وإذا تقرر هذا قوله والمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطة يوهم التسوية بين الفصيل وبين الحب المشتد في السنابل وليس المذهب على ما توهم ظاهر اللفظ لأنه إذا باع فصيلاً لم يشتد حبه بحنطة يجوز البيع إذا كان لشرط القطع

---

(١) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الرجل يكون له ممراً وشرب في حائط أو في نخل (٢٣٨١) ومسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١٥٣٦) والترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في النهي عن الثنيا (١٢٩٠).

لأنه غير مطعوم قابل مطعوماً، وإنما لا يجوز إذا اشتد الحب لأنه مطعوم بمطعوم غير معلوم التماثل.

وأما المزابنة قال الشافعي: وجماع المزابنة أن ينظر إلى كل ما عقد بيعه وفي الفضل في بعضه [١٠٧ب/٦] على بعض يداً بيد ولا يجوز منه شيء يعرف بشيء منه جزافاً ولا جزافاً بجزاف من صنفه ومعناه أن المزابنة المحرمة ليست بمقصورة على التمر أو الثمار ولكن كل ما يحرم فيه التفاضل إذا بيع جزاف به بمعلوم أو جزاف يسمى مزابنة مثل أن يبيع ثمرة موضوعة بالأرض مكيلة بثمرة على رؤوس النخل أو ثمرة بثمرة موضوعتين على الأرض أو سائر المطعومات مما يجري فيه الربا إلا في العرايا على ما سنذكر وهو مشتق من الزبن وهو الدفع سمي به لأنهما ربما يتلفان فيما يحصل من ذلك الرطب هل كان مثل التمر ويؤدي الأمر بينهما إلى التدافع والخصومة يقال: تزابنا أي تدافعا ووافقنا مالك في تحريم هذا العقد ولكن تخالفنا في معنى اللفظ فنقول المزابنة أن يقول الرجل لآخر: صبرتك هذه مائة صاع مثلاً فيقول المالك لا بل هو أقل فنقول ضمنتها لك مائة صاع فإن زاد فلي وإن نقص فعليّ فقال الشافعي: هذا قمار يخاطره وليس بعقد ولا من المزابنة في شيء وهكذا لو قال الرجل: عد قثاك أو بطيخك هذا المجموع فما نقص من مائة فعليَّ وما [١٠٨أ/٦] زاد فلي أو اطحن حنطتك هذه فما زاد على كذا فليّ وما نقص فعليَّ فهذا محرم غير مأذون فيه وداخل في القمار وأكل المال بالباطل.

فرع

روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع المعاومة»[1] وهو بيع السنين وقد ذكرنا صورته.

فرع آخر

روي أنه ﷺ: «نهى عن بيع المجر»[2] قال أبو عبيد هذا يقرأ بالتخفيف وهو بيع حمل الناقة وهذا لأنه غرر ومخاطرة وقيل: المجر القمار والمجر المزابنة والمحاقلة.

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٥٣٦) والترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في المخابرة (١٣١٣) والنسائي في البيوع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم (٤٦٣٤) وأبو داود في البيوع باب في بيع السنين (٣٣٧٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٦٤٧) (٥/ ٣٤١).

باب بيع العرايا

قال: أخبرنا مالك الخبر، ورد عن رسول اللّه ﷺ إخبار عن بيع العرايا منها ما روى الشافعي رضي اللّه عنه عن داوود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة رضي اللّه عنه «أن رسول اللّه ﷺ أرخص في العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق»[1] الشك من داوود، وروى ابن عمر رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع [١٠٨ب/٦] التمر بالتمر إلا أنه أرخص في العرايا»[2]، وروى الشافعي: حديثاً فيه قلت لمَحمود بن لبيد أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب رسول اللّه ﷺ إما زيد بن ثابت أو غيره ما عراياكم هذه؟ وسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول اللّه ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً[3] وأتفقت الأمة على قبول هذه الأخبار ولكنهم اختلفوا في تأويلها ومعناها فقال الشافعي: معناها بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً بالتمر على الأرض كيلاً فيما دون خمسة أوسق فيجيء الخارص ويقول يجيء من هذا أربعة أوسق تمراً والآن رطباً ستة أوسق فيبيعها بأربعة أوسق تمراً ويقبض التمر في المجلس ويسلم إليه الرطب بالتخلية ثم يتفرقان ويعتبران بلون التمر أقل من خمسة أوسق ولا يجوز أن يزيد على خمسة أوسق وإن زاد الرطب على خمسة أوسق فلا بأس كما صورنا [١٠٩أ/٦].

وقال أحمد: هكذا ولكنه قال في رواية: بيعها بمثله تمراً ويخرصها رطباً، وقال مالك: معناها أن يهب الرجل نخلة من حائطه من الغير فيقبل الغير الهبة فيلزم بنفس العقد عنده، فإذا حملت النخلة فلمالكها أن يتردد ويدخل حائط غيره ويلتقطها فيشق ذلك على الواهب لأن العادة بالحجاز أن صاحب الحائط يخرج بأهله إلى حائطه أيام الثمار فيشق عليه دخول الأجنبي فيجوز للواهب أن يشتري تلك الثمرة من الموهوب له بما يجيء منه تمراً فيكون حقيقة البيع إلا أنه إنما يجوز في هذا الموضع المخصوص واحتج بأن العرية في اللغة الهبة والعطية قال الشاعر.

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

---

(١) أخرجه النسائي في البيوع، باب بيع العرايا بالرطب (٤٥٤١) وأحمد في «مسنده» (٧١٩٥).

(٢) أخرجه أبو داود عن سهل بن أبي حثمة في البيوع، باب في بيع العرايا (٣٣٦٣) وأحمد في «مسنده» (١٥٦٦٠).

(٣) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢/ ٣٣٠).

وهذا غلط لما ذكرنا من نصوص الأخبار، وقال الأزهري: جماع العرايا كل ما أفرد ليؤكل خاصة سميت عرايا لأنها عريت من جملة الحائط، وقيل: سميت عرية لأجل تردد أهلها إليها فيلتقط ما أدرك منها كل مرة يقال: عروته أعروه وإذا [١٠٩ب/٦] إذا قصدته للرفد، وقال أبو حنيفة: معناها أن يهب الرجل ثمره نخلة من حائطه لرجل ويقبلها الموهوب له قبل أن يقبضها بيد للواهب فيما وهب ويكره أن يرجع فيما بذل فيقول للموهوب له دع ما وهبت لك وأنا أعطيك تمراً بقدر ما يجيء من رطب هذه النخلة فهذا معنى البيع ولكن ليس بحقيقة البيع وهذا أيضاً غلط لأنه اعتبر الخرص وقدر بخمسة أوسق أو دونها وسمّاه بيعاً فلا يحتمل إلا ما ذكرنا.

فإذا تقرر هذا عندنا لا يجوز بيع العرايا حتى يكون معلوم الطرفين أحدهما: بالكيل، والثاني: بالخرص وفيه أربع مسائل أحدها: ما ذكرنا فيجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وهل يجوز في خمسة أوسق؟ قولان قال في «الأم»[1]: لا أفسخه في خمسة أوسق، وقال في الصرف: ولا يشتري من العرايا إلا أقل من خمسة أوسق بشيء ما كان وهذا اختيار المزني وأحمد ووجه الأول أن النبي ﷺ أرخص في العرايا ولم يفصل ثم قام الدليل فيما زاد على خمسة أوسق وبقي الباقي [١١٠أ/٦] على الظاهر وهذا اختيار أبي حامد، ووجه الثاني: أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز في الأصل ولكن وردت الرخصة بجواز العرايا فيما دون خمسة أوسق يقيناً وفي خمسة أوسق شك فالمشكوك باقٍ على أصل التحريم، وروى جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ رخص في العرايا الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة»[2] ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن الشك إذا حصل في القدر المستثنى وقع الشك في المستثنى منه ومعناه خبر عام فلا يعارض ذلك بالمشكوك.

وقال القفال: معنى القولين هاهنا يرجع إلى أن النهي ورد أولاً ثم رخص في العرايا أو لم يرد النهي إلا والرخصة بها مقرونة فإن كان النهي ورد أولاً ثم الرخصة من بعد وهو الأظهر والأصح فلا يجوز في خمسة أوسق لأن الأصل فيها النهي وإن لم يرد النهي إلا والرخصة مقرونة جاز في الخمسة لأن الأصل في الخمسة الإباحة، وهذا أولى مما تقدم والثانية: أن يكونا معاً على وجه الأرض فلا يجوز بحال وهو بيع الرطب بالتمر، والثالثة: أن يكونا جميعاً في رؤوس النخل فباع [١١٠ب/٦] بالخرص في الطرفين، والرابعة: أن يكون رطبان أحدهما على النخل والثاني على الأرض فباع بالخرص فيهما اختلف أصحابنا

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ٣٨٣ ـ ٣٨٤).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٤٤٥٤).

فيهما على أربع مذاهب.

فقال ابن خيران: يجوز كلاهما سواء كانا أو نوعاً واحداً أو أنواعاً، وقال أبو إسحاق: يجوز في النوعين في رؤوس النخل خرصاً في الطرفين فأما في النوع الواحد وإذا كان أحد الرطبين في الأرض لا يجوز بحال لأنه إذا كان على النخل وهما نوعان فله غرض صحيح بأن يشتهي نوعاً آخر يلقطه شيئاً فشيئاً ولا عرض في النوع الواحد، وقال ابن أبي هريرة: يجوز بيع الرطب على الأرض بالرطب على رؤوس النخل بكل حال لأنه أدوم نفعاً، وإذا كانا على النخل يجوز إذا كانا من نوعين لاختلاف الشهوة ولا يجوز في النوع الواحد لعقد العائدة على ما ذكرنا.

وقال الاصطخري وجماعة وهو الأصح: إن كل ذلك باطل لأنه لم يرد الخبر إلا في بيع الرطب بالتمر خرصاً ولأن الخرص إذا دخل فيهما يكثر الغرر وإذا دخل في أحد الطرفين وفي الطرف الآخر الكيل يقل الغرر.

فرع

قال [١١١أ/٦] بعض أصحابنا: إذا اشترى الرطب بالتمر في العرايا فإن أكل الرطب لا كلام وإن جفف فإن خرج بقدر التمر أو كان التفاوت كما يكون بين الكيلين يجوز وإن ظهر تفاوت ظاهر حكمنا ببطلان العقد لظهور ما يوجب الفساد.

فرع آخر

الغني والفقير في العرايا سواء وقال المزني وأحمد: لا تجوز العرايا إلا للمعير المضطر وإليه أشار الشافعي في «الإملاء» والاستلاف الأحاديث للخبر الذي رواه زيد بن ثابت رضي اللّه عنه فقيل فيه قولان، وقيل قول واحد: لا فرق بينهما وتأويل ما أشار في «الإملاء» على الأخبار من سببه وهذا لأن كل بيع جاز من الفقير جاز من الغني كسائر البيوع.

فرع آخر

لا يجوز في العرايا إلا فيما بدا إصلاحه بسراً كان أو رطباً لأنه وقت الحاجة.

فرع آخر

لو ابتاع رجلان من رجلين عشرين وسقاً إلا مداً من العرايا يجوز لأنه يكون أربعة عقود فيكون كل عقد أقل من خمسة أوسق، وقال أحمد: لا يجوز لأن عنده لا يجوز

[١١١ب/٦] أن يبيع أكثر من عرية واحدة وعندنا يجوز ذلك، وكذلك لو باع اثنان تسعة أوسق من أكثر من خمسة أوسق وهذا ضعيف.

مسألة: قال: ويبيعُ صاحبِ الحائطِ لكلٍ من رخصَ له وإن أتى على جميع حائطه. أراد به إذا كان له حائط فيه تمر كبير فباع ذلك بالتمر في عقود متفرقة كل عقد أقل من خمسة أوسق يجوز وإن أبى على جميع حائطه خلافاً لأحمد لأن كل بيع جاز بين متعاقدين جاز أن يتكرر بينهما، مثله كبيع الثوب فإن قيل: إذا جوزتم هكذا أبطلتم النهي عن المزابنة قلنا: المنهي عن المزابنة وجه يحمل عليه وهو إذا باع أكثر من خمسة أوسق في صفقة واحدة، فإذا تقرر هذا قال أصحابنا: هذا إنما يجوز إذا خرص عليه للزكاة، وقلنا: الخرص تضمين حتى يجوز له التصرف في الجميع وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمين أو أراد إذا لم يبلغ ما في حائطه قدراً يجب فيه الزكاة أو أراد إلا قدر الزكاة إذا قلنا الخرص غيره. [١١٢أ/٦]

مسألة: قال: والعرايا من العنبِ كهي من الرطبِ لا يختلفان.

العرايا تجوز في العنب وهو أن يبيعه بالزبيب خرصاً لأنه يخرص في الزكاة كالرطب ويمكن معرفة مقداره بالخرص لظهوره من الأوراق وهل جازت فيه قياساً أو نصاً وجهان أحدهما: وهو اختيار البصريين جازت نصاً لأن زيد بن ثابت رضي الله عنه روى أن النبي ﷺ رخص في العرايا، والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب. والثاني: وهو اختيار ابن أبي هريرة وغيره جازت قياساً على النخل.

فرع

قال في كتاب البيوع الكبير من «الأم»: ولو قال قائل يجوز التحري في سائر الثمار كالتفاح والمشمش كان مذهباً فمن هاهنا قال بعض أصحابنا في العرايا: فيها قولان وقيل: القولان فيه كالقولين في المساقاة فيما عدا النخل والكرم، ومن أصحابنا من قال قول واحد: لا يجوز فيها وهو الأصح لأنه لا يدخل للخرص فيها لكونها متغطية بالأوراق ولا يحيط بها علم الخارص ويفارق [١١٢ب/٦] المساقاة على أحد القولين لأنها جوزت للحاجة والحاجة تعم جميع الثمار لتعذر التعهد بالسقي وما فيه زيادة الثمار على كل أحد والله أعلم.

باب بيع الطعام قبل أن يستوفى

قال: أخبرنا مالك وذكر الخبر. إذا اشترى طعاماً لا يجوز له أن يبيعه قبل القبض من

بائعه، لما روى ابن عمر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»[١]، وأما غير الطعام فعندنا حكمه حكم الطعام وبه قال ابن عباس رضي اللّه ومحمد بن الحسن، وقال مالك: لا يجوز بيع الطعام المشترى قبل قبضه يجوز ما عداه وحكي عنه فيما عداه إن كان توفيته على البائع بأن اشترى بالكيل لا يجوز بيعه قبل القبض، وقال عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن: كل ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ويجوز فيما عداه، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة [١١٣أ/٦] وأبو يوسف: لا يجوز ذلك في المنقول ويجوز في العقار واحتج الشافعي بأن ابن عباس رضي اللّه عنه قال: أما ما نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام قال: ولا أحسب كل شيء إلا مثله قاله برأيه ثم بين الشافعي معنى هذا الرأي وذلك أن ضمانه من البائع فلم يتم فيه ملك المشترى، وروي أنه ﷺ كتب إلى عتاب بن أسيد حين وجهه إلى مكة «أنههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا»[٢]، وروى زيد بن ثابت رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع السلع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم»[٣].

فرع

قال بعض أصحابنا: لا خلاف أن كل عقد ينقل الملك فيه كالهبة والوقف والكتابة لا يجوز فيه المبيع قبل القبض كالبيع وهذا اختيار القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: إذا قلنا: الوقف أزاله ملك إلى اللّه تعالى يجوز فيه قبل القبض كالعتق وذكر في «الحاوي» أنه يجوز ويلزم به البيع الأول حتى إن لم يرفع البائع يده عنه فتلف يضمنه [١١٣ب/٦] بالقيمة دون الثمن ولم يذكر خلافاً وقيل: الوقف مبني على أنه يحتاج إلى القبول وفيه وجهان فإن قلنا: يحتاج إلى القبول فهو كالبيع وقيل: في العتق إن أذن البائع أو وفر الثمن أو كان الثمن مؤجلاً فقد وإلا فهو كالراهن بعتق المرهون، وقيل في إجازته قبل القبض: إنه مبني على أن للمعقود العين أو المنفعة فإن قلنا: على المنفعة يجوز لأن حق البائع لا يتعلق بالمنافع والصحيح لا يجوز لأن الإجازة تقتضي تسليم العين ولا يقدر هو على التسليم.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي (٢١٢٦) ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١٥٢٦) والنسائي في البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى (٤٥٩٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٤٦٣) (٥/٣١٣) والطبراني في الأوسط (٩٠٠٧) (٩/٢١).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٩٩) والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٣١٤) والحاكم في مستدركه (٢/٤١).

فرع آخر

قد ذكرنا حكم الكتابة فيه وقال بعض أصحابنا: فيه قولان أحدهما: يجوز لأن المغلب فيها العتق ولا يتعذر تسليمه لأن البائع لا يمنع العبد المبيع من الاكتساب وهو مسلط على نفسه ولهذا صح كتابة العبد المغصوب، والثاني: وهو الأصح لا يجوز لأنه عقد معاوضة ولأن الكتابة تفتقر إلى تخليته للتصرف ولا يمكن فيه ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

قد ذكرنا حكم الهبة، وقال في «الحاوي»: فيها قولان بناء على أنه هل يلزم فيها المكافأة أم لا؟ وفيه قولان [١١٤أ/٦] فإن قلنا: يلزم لا يجوز لأنها معاوضة، وإن قلنا: لا يلزم صحت الهبة.

فرع آخر

إذا قلنا: تصح الهبة فإن كان لأجنبي احتاج الواهب أن يقبضها من البائع بنفسه أو وكيله ليستقر ملكه ويسقط عن البائع ضمانه ثم يدفع إلى الموهوب له لتتم الهبة.

فرع آخر

لو أذن الواهب للموهوب له أن يقبضها من البائع فقبضها منه لم يصح لأنهما عقدان يلزم في كل واحد منهما القبض فلم يكن القبض الواحد نائباً عن عقدين ثم ننظر فإن كان الموهوب له قبضها لنفسه لم يكن قبضاً عن البيع ولا عن الهبة، أما عن البيع فلأن القبض لم يكن للمشتري، وأما عن الهبة فلأنه لا يصح إلا بعد قبض البيع والبائع ضامن لها بالثمن حتى إن تلفت بطل البيع، والمشتري الواهب ضامن لها بالقيمة حتى إن تلفت غرمها للبائع لأنها مقبوضة عن أمره بوجه معاوضة، وهل يكون الموهوب له ضامناً لها بالقبض؟ وجهان أحدهما: لا يكون ضامناً لأنه ليس بمعاوض، والثاني: يكون ضامناً لأن [١١٤ب/٦] يده دخلت من جهة الواهب وهو ضامن وإن كان الموهوب له قبضها للواهب المشتري صح القبض في البيع وبرئ البائع من الضمان وضمنها المشتري بالثمن ولا ضمان على الموهوب له بالقبض، لأنه وكيل للواهب فيه ويحتاج إلى استئناف قبض لتتم به الهبة فإن أذن له الواهب في قبض ذلك من نفسه ولم يجز أن يكون قابضاً من نفسه مقبضاً لها.

فرع آخر

لو باعه من بائعه من أصحابنا من قال: إن كان بغير جنس الثمر الأول أو بغير قدره

بأن زاد أو نقص لا يجوز وإن باعه بجنسه وقدره كان أقاله بلفظ البيع وقيل: يجوز لأن المنع لحقه أو العجز عن التسليم وهاهنا معدوم فهو كبيع المرهون من الراهن، ولو وهبه من البائع فإن قلنا يجوز البيع منه فالهبة أولى وحكمه حكم من وهب مالاً من رجل وهو في يده وإن قلنا: لا يجوز البيع ففي الهبة وجهان كالهبة من الأجنبي.

فرع آخر

إذا رهنه من غير البائع لا يجوز ولو رهنه من البائع نص الشافعي رضي الله عنه على جوازه ذكره القاضي الطبري وذكره صاحب «التلخيص» والفرق بينهما أن الرهن [١١٥أ/٦] ليس بمضمون على المرتهن، وإذا كان العقد لا يتضمن نقل الضمان جاز عنده فيما لم يضمنه بخلاف البيع، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك لأنه عقد يفتقر إلى القبض فأشبه الهبة، قال والدي رحمه الله: وهذا أقيس، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن قيل نقد الثمن لا يجوز وإن كان بعده فظاهر المذهب أنه يجوز لأنه استحق قبضه على وجه لا يمكن للغير منعه منه فهو كالميراث وقيل: إنه نص على هذا في «الأم» وقيل نص في «الأم»: أنه يجوز ونص في مواضع أنه لا يجوز فالمسألة على اختلاف حالين قبل نقد الثمن وبعد نقد الثمن، وقال في «الحاوي»: إن كان قبل نقد الثمن لا يجوز بحال لأن للبائع حبسه فلا معنى لارتهانه على ثمنه ولا عند غير بائعه لحق البائع في حبسه وبعد قبض الثمن فيه ثلاثة أوجه أحدها: يجوز إذا جوزنا إجارته، والثاني: لا يجوز إذا لم نجوز إجارته، والثالث: وهو قول أكثر البصريين يجوز من بائعه خاصة لأن رهنه من بائعه يوجب استدامة ضمانه بالثمن الباقي للرهن ورهنه عند غير بائعه يبقى هذا [١١٥ب/٦] الضمان.

فرع آخر

لو كانت جارية فزوجها قبل القبض يجوز بلا خلاف ولا يكون وطء الزوج قبضاً وفيه وجه آخر: أنه لا يجوز، وقال أبو حنيفة: يكون وطؤه قبضاً وهذا غلط، لأن وطء الزوج إنما يكون قبضاً في حق نفسه في الاستمتاع ولا يكون قبضاً في حق غيره.

فرع آخر

لو أعتقه المشتري نفذ عتقه وكان قبضاً وقال ابن خيران: لا ينفذ عتقه وجعله بعض أصحابنا قولاً مخرجاً وهو ضعيف لأن العتق لا يفتقر إلى القبض ويصح في المغصوب.

فرع آخر

لو أباح للفقراء فأكلوا كان قبضاً منه.

فرع آخر

هل تجوز إجارته قبل القبض فيه وجهان أحدهما: يجوز لأنه عقد على منفعة وقد انتقل ضمان المنافع إليه بنفس البيع وهل ينتقل ضمان العين إليه، والثاني: لا يجوز لأنه عقد معاوضة فلا يجوز قبل أن نضمنه ولأنه يقتضي إقباضاً فلا يجوز ذلك، أما إذا استأجر شيئاً فلا يجوز أن يؤاجره قبل القبض بلا إشكال. [١١٦أ/٦]

مسألة: قال: ومن ابتاعَ جزافاً فقبْضهُ أن ينقلُه من موضعِهِ[١].

الكلام الآن في كيفية القبض والمرجع فيه إلى العرف والعادة فما كان في العرف والعادة قبضاً فهو قبض وما لم يكن فيه قبضاً لم يكن قبضاً، وهذا كما يرجع إلى معرفة الحرز والنقد إلى العرف والعادة فإن كان شيئاً خفيفاً كالدراهم والدنانير والجواهر فقبضها التناول والقبض بالتراجم، وإن كان ثقيلاً كالطعام والثياب الكثيرة المشدودة والحطب ونحوها فقبضها النقل من مكانه، وإن كان زورقاً قبضه أن يمده من مكانه ولو ذراعاً واحداً، وإن كان عبداً فأن نقيمه من موضعه إلى موضع آخر وإن كان دابة فبأن نجر بزمامها من مكانها إلى مكان آخر، وإن كان عقاراً فالقبض فيه التخلية، وإن كان داراً فبأن يخرج البائع منها ويدخل المشتري إليها ويدفع إليه المفتاح ويخلي بينه وبينها، وقد قيل: إذا تمكن من دخولها يصير قابضاً دخل أو لا وإن باع طعاماً مكايلة فقبضه أن يكتاله، وإن باع جزافاً فقبضه أن ينقله على ما ذكر.

وقال مالك وأبو حنيفة: القبض في هذه الأشياء كلها [١١٦ب/٦] تحصل بالتخلية سواء كان مما ينقل أو لا ينقل وهذا غلط ولما روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال: ابتعت زيتاً فلقيني رجل في السوق فأعطاني به ربحاً حسناً فهممت أن أضرب يده فأخذ رجل بذراع من خلفي فالتفت فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حتى تحوزه فإن النبي ﷺ: «نهى أن تباع السلعة حيث تبتاع حتى تحوزها التجار إلى رحالهم» وروي عن ابن عمر رضي الله عنه قال: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»[٢]، وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام

---

(١) انظر «الحاوي» (٢٢٦/٥).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١٥٢٦) وابن ماجه في التجارات، باب بيع المجازفة (٢٢٢٩) وأحمد في «مسنده» (٦٢٣٩).

حتى تجري فيه الصاعان»[١]، وروى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»[٢].

فرع

لو اشترى طعاماً ثم استعار الحرز الذي هو فيه لم يكن قبضاً، ولو استأجره فيه وجهان أحدهما: يكون قبضاً لأنه بالإجارة ملك المنافع، والثاني: لا يكون قبضاً .... الحرز لم ينقل والأصح الأول ولو ملك [١١٧أ/٦] الموضع الذي فيه ببيع أو هبةٍ كان قبضاً.

فرع آخر

لو اشترى شيئاً من دار بائعه ثم نقله إلى زاويةٍ أخرى فيها بإذنه حصل القبض وصار كأنه إعارة تلك الزاوية ولا يشترط أن يخرجه من ملك البائع، وإن نقله من دون إذن البائع من زاوية داره إلى زواية أخرى لا يصح القبض، وإن كان الثمن مؤدى لأنه لم يعره البقعة التي نقل إليها فهو كما لو لم ينقل.

فرع آخر

لو كان المبيع عقاراً فحضراه وقال: خليت بينك وبين هذه الأرض حصل قابضاً، وإن لم يحضرا وقالا بالقول خليت وتخليت فقبل أن يمضي إمكان الحضور لا يجعل قابضاً، وإذا مضى فيه وجهان: أحدهما: لا يصير قابضاً لأنه لم ينضم إلى القول قرينة، والثاني: يجعل قابضاً حكماً لأن البائع فعل أقصى ما قدر عليه والتقصير من جهته.

فرع آخر

لو باع داراً فيها متاع البائع لا يجعل قابضاً لمجرد التمكن من الدخول لأن البائع مستعمل للدار حقيقة ولكن يجعل القبض بأن يدخل الدار ويتسلط على [١١٧ب/٦] الموضع ويصير اليد له مشاهدة حتى قال أصحابنا: لو جمع البائع رحله في بيت وختم عليه ودخل المشتري الدار ويسكنها لا يجعل قابضاً لذلك البيع لكون البائع مستعملاً له.

فرع آخر

لو أودع البائع المبيع من المشتري لا يسقط حق حبسه لأن يد المودَع يد المُودع ولو

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٢٢٢٨).
(٢) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١٥٢٨).

أعار منه فيه وجهان أحدهما: لا يبطل كما لو أعار الرهن من الراهن، والثاني: يبطل وبه قال أبو حنيفة: والفرق أن حق الرهن ثبت بعقد مقصود فلم يبطل بالإعارة وحق البائع ثبت استبقاء لما كان قيل له قبل زوال ملكه ويد العارية ليس له لأن المستعير يأخذه لمنفعة نفسه فإذا سلم إليه لينتفع به فقد رضي بسقوط حقه.

فرع آخر

لو اشترى طعاماً بعينه ثم دفع إلى البائع غرائر[١] وقال: انقل الطعام الذي اشتريته منك في هذه الغراير ففعل ذلك في غيبة المشتري لم يكن قبضاً ولا يبرأ البائع من الضمان استحساناً وهذا شرط لأنه يؤدي [١١٨أ/٦] إلى أن يكون قابضاً من نفسه ليبرأ من الضمان وهذا لا يجوز.

فرع آخر

لو اشترى قفيز طعام فاكتاله بالمكوك وهو ربع القفيز لم يجز القبض في أحد الوجهين والوجه الثاني: يجوز وكذلك لو كال الصاع بالأمداد ولو اشترى مائة صاع فاكتال بالقفيز لم يتم القبض بلا خلاف.

فرع آخر

لو باعه من ابنه الصغير ففي كيفية قبضه وجهان: أحدهما: بالنقل، والثاني: بالنية إذا كان تحت قدرته من غير نقل إلا أن يكون مكيلاً أو موزوناً فلا بد من كيله أو وزنه.

فرع آخر

لو أرسل الأب عبده في حاجة ثم باعه من ابنه الصغير فتلف العبد قبل أن يعود من الرسالة بطل البيع وكان تالفاً من مال الأب، ولو عاد العبد إلى يد الوالد وجرت عليه قدرته ثم مات كان تالفاً من مال الابن وعليه ضمان الثمن.

فرع آخر

لو عاد إلى يد الوالد بعد بلوغ الابن رشده ثم مات كان تالفاً من مال الأب لأن الأب صار من أهل القبض، وقال محمد: هاهنا أيضاً يتولى الأب قبضه بعد [١١٨ب/٦] صار قابضاً بحكم العقد حتى لا يسقط الثمن بهلاكه ولكن لا يتصرف فيه بإذن البائع.

---

(١) الغرارة: بالكسر شبه العِدل، والجمع غرائر. ا هـ. المصباح مادة (غرر).

فرع آخر

بيع العارية من غير المستعير قبل استرجاعها منه يجوز والقبض موقوف على إذن البائع قبض الثمن أم لا ليكون الإذن مسقطاً لضمان المستعير، فإن قبضها المشتري من المستعير بغير إذن البائع المعير، فإن لم يكن الثمن مقبوضاً لم يصح القبض وضمنها المشتري باليد وضمنها.

المستعير بالدفع، وإن كان الثمن مقبوضاً صح القبض في البيع وهل يسقط ضمانها عن المستعير؟ وجهان أحدهما: لا يسقط لأنه دفعها من غير إذن مالكها، والثاني: يسقط لزوال ملك المعير عنها وحصولها في يد مالكها وهذا أصح عندي.

فرع آخر

لو ابتاعها المستعير صح وهل يفتقر قبضها إلى النقل؟ وجهان كما قلنا في شراء الوديعة.

فرع آخر

لو باع المغصوب من الغاصب صح وهل يفتقر في قبضه إلى النقل؟ على الوجهين.

فرع آخر

لو باعه من غيره والبائع قادر على انتزاعه [١١٩أ/٦] صح ويلزمه انتزاعه، ولو كان البائع غير قادر ولكن المشتري قادر على الانتزاع صح أيضاً، ثم إن عجز المشتري عن الانتزاع لا يبطل البيع ولكن له الخيار في الفسخ لأنه عيب ولو ادعى البائع على المشتري أنه قادر على الانتزاع تلزمه اليمين فإذا حلف له الفسخ.

فرع آخر

قد ذكرنا أن مجرد التخلية لا يكفي في المنقول بل يعتبر النقل وبه قال أحمد وفيه وجه آخر أنه يكفي في التخلية وهو ضعيف.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يكفي التخلية هاهنا فلواشترى داراً مع ما فيها من الأمتعة فخلَّى بينه وبين الدار حصل القبض في الدار وهل حصل في الأمتعة؟ قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان فإذا قلنا: لا يحصل فإذا دخل الدار ونقل الأمتعة من موضعها إلى موضع آخر في

الدار حصل القبض فيها لأن الدار ملك له.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: أو نقل البائع المبيع إلى المشتري ووضعه بين يديه للإقباض فامتنع من القبض حصل الإقباض لأنه يلزم [١١٩ب/٦] على المشتري القبض عند الإقباض ويخرج بهذا القدر عن ضمان البائع إلى ضمان المشتري، ومن أصحابنا من قال: لا يكون هذا قبضاً كالوديعة إذا وضعها بين يدي رجل لا يكون قبضاً حتى إن لم يحفظها وضاعت لا يضمن والأول أظهر ويفارق الوديعة لأنه لا يلزم قبولها بخلاف هذا ويفارق الغاصب إذا ترك المغصوب بين يدي المالك بئراً لأنه وجد منه تعد وهو سبب الضمان وقد ترك التعدي فعاد الشيء إلى يد المالك وليس للمشتري هاهنا يد سابقة ويد البائع ثبت باقي حق فلا تزول مدة الإتمام الاستيلاء وهو النقل.

فرع آخر

إذا قلنا يصير قابضاً فباعه من رجل قبل نقله ونقله المشتري، الثاني وتلف عنده ثم استحق فللمستحق أن يغرم المشتري الأول لأن ضمان العدوان لا يتعلق إلا بحقيقة الاستيلاء وهو بالنقل.

فرع آخر

لو وطئها المشتري في يد البائع فأزال بكارتها ثم ماتت قبل القبض بطل البيع ويجب أرش البكارة [١٢٠أ/٦] فيه عقيب موته سواء كان عليه دين أو لا، لأن حق الحبس ثابت وحقوق الأب بالموت ينقل إلى الوارث فقد ورث حق الحبس على نفسه فسقط كما لو ورث ديناً على نفسه يسقط عنه، ولو كان معه ابن آخر له يتصرف في النصف وحق الحبس في النصف الآخر تنقل إلى أخيه فلا يتصرف فيه حتى يقبض منه.

فرع آخر

الأرزاق التي يخرجها السلطان إلى الأجنادِ يجوز بيعها قبل قبضها لما روى موسى بن عقبة: «أن رسول الله ﷺ أخرج طعاماً للناس فباع الناس الصكاك قبل قبضها»[1]، وروي أن عمر رضي الله عنه أمر بطعام للناس فابتاع حكيم بن حزام منهم ثم باع قبل أن يقبض فقال

(١) لم أعثر عليه.

عمر رضي الله عنه: «لا تبع طعاماً ابتعته قبل القبض ولم يمنعه من الابتياع منهم»[(١)]. وروى ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما كانا لا يريان ببيع الرزق ناسئاً[(٢)] وعلى هذا غلة الوقف إذا حصلت لأقوام وعرف كل واحدٍ قدر حقه فباعه قبل [١٢٠ب/٦] أن يقبضه يجوز كالرزق سواء.

فرع آخر

لو تقايلا هل يجوز بيعه قبل القبض قولان بناء على أنه ابتدأ عقداً وفسخ.

فرع آخر

لو باع الموصى به بعد موت الموصي قبل قبول الوصية فإن قلنا: تملك بالقبول لا يجوز وقيل: فيه وجه آخر يجوز وبيعه قبولها وإن قلنا: يملك بالموت فوجهان أحدهما: لا يجوز لأنها جائزة بدليل أن له أن لا يقبل.

فرع آخر

لو رجع في الهبة له بيعها قبل قبضها، وكذلك لو رد إليه بالعيب له بيعه قبل القبض لأنه غير مضمون على غيره بالعقد، وإن كان شيئاً في الذمة إن كان ثمناً فقد ذكرنا فيه قولين، وإن كان مثمناً في الذمة لا يجوز التصرف فيه لما ذكر قبل القبض وذكر القفال عن ابن سريج أنه قال: كلما ثبت في الذمة ثمناً عرضاً كان أو نقداً وهذا اختيار القفال، وقال: وبماذا يعرف الثمن من المثمن؟ وجهان أحدهما: وهو الأصح وبه قال أبو حنيفة الدراهم والدنانير ثمنان أبداً فإن لم يكن واحد منهما فالذي يدخل فيه يكون [١٢١أ/٦] ثمناً، والثاني: ما يدخل فيه يكون ثمناً سواء كان نقداً أو غيره، وقد ذكرنا قبل هذا.

فرع آخر

متى قبض المبيع بحقٍ مثل إن كان الثمن مؤجلاً يلزم البائع الإقباض فإن لم يقبض فله قبضه كرهاً ويصح تصرفه فيه، وكذلك لو تطوع البائع بالإقباض قبل قبض الثمن ومتى قبض بغير حق فالقبض باطل وعليه ردها إلى بائعه ولا يصح تصرفه فيه.

(١) لم أعثر عليه.

(٢) لم أعثر عليه.

فرع آخر

لو اغتصبه المشتري من يد البائع حصل في ضمانه حتى لو تعيب لا يرد به فلو رد على البائع بعده أو استرد البائع فهلك لا يسقط الثمن لأنا حكمنا باستقراره فلا يغير حكمه.

فرع آخر

إذا كان بينهما مال مشترك فتقاسما وحمله المال في يد أحد الشريكين فأراد الآخر أن يتصرف فيه فإن كانت قسمة جبر فهو مبني على أنها بيع أو إقرار حق فإن قلنا: إقرار حق يجوز وإن قلنا: بيع فنصف نصيبه حصلت له بطريق البيع والنصف ملكه القديم فإن حقيقة [١٢١ب/٦] القسمة على هذا القول كأنه قال لصاحبه: بعتك نصيبي في ذلك النصف الذي حصل باسمك نصيبك في النصف الذي حصل باسمي فيجوز له أن يتصرف في النصف دون النصف، وإن كان في القسمة رد عوض فحكمها حكم البيع في القدر المملوك بالعوض.

فرع آخر

لو وهب بشرط ثواب معين وجوّزنا وقلنا: إنها بيع لأحدهما أن يتصرف فيه قبل القبض.

فرع آخر

لو استأجر صباغاً ليصبغ ثوباً وسلمه إليه ثم أراد صاحب الثوب أن يتصرف فيه فإن كان قبل أن يصبغ الثوب لا يجوز لأنه استحق الصباغ إيقاع العمل الربع عشر فيه ويستحق عوضاً والإجارة من العقود اللازمة، ولو ندم لا يسترجع، وإن صبغ واستوفى الأجرة له أن يتصرف، وإن لم يكن استوفى الأجرة لا يتصرف لأن الصبغ عين مال وهو مبيع فله حبسه إلى أن يستوفي عوضه فكان حكمه حكم البيع قبل القبض سواء.

فرع آخر

لو دفع إلى القصار فقبل القصارة الحكم ما ذكرنا وبعد القصارة [١٢٢أ/٦] إن قلنا: إنها تجري مجرى عين قال في الإفلاس فهي كالصبغ وإن قلنا: أثر ليس له الحبس وله أن يتصرف فيه والصياغة والحياكة والبناء كذلك، وفي رعي الأغنام قبل الأجرة يجوز بلا خلاف.

فرع آخر

لو أراد الشفيع أن يتصرف في المشفوع قبل أن يتسلم لا يجوز لأن الشفعة معاوضة شرعية.

مسألة: قال: ولو سلمَ في طعامٍ وباعَ طعاماً آخرَ فأحضرَ المشتري مَنْ اكتالَهُ من بائعِه.

الفصل

اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة فمنهم من قال: صورتها أنه أسلم في كرٍ من طعام فلما حصل له في ذمة المسلم إليه باعه من رجل آخر وقال: تعال حتى أقبضه لك منه فالبيع باطل لأنه علل فقال: لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفي فهذا القائل يمسك بالتعليل وتأول ظاهر المسألة فصرفها عن ظاهرها، وقال قوله: وباع طعاماً آخر أي: باع ذلك الطعام من آخر وهذا لما روى أبو سعيد الخدري رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «من أسلف في شيء فلا [١٢٢ب/٦] يصرفه إلى غيره»[1]، وقال أكثر أصحابنا: المسألة على ظاهرها وصورتها أنه أسلم في طعام وباع طعاماً آخر سلماً فحل الطعامان فقال المسلم لمن أسلم إليه: احضر معي عند من أسلمت إليه حتى اكتاله لك منه فحضره فالبال منه له لم يجز لأن لكل واحد منهما على صاحبه حق القبض بالكيل فلا يجوز إذا اكتال له قبل أن يكتاله منه لنفسه، وقول الشافعي في تعليله لأنه بيع الطعام قبل أن يقبض ليس على ظاهره، وتأويله: أنه في معنى بيع الطعام قبل القبض لأنه يقتبض قبل القبض فحل محل البيع وهذا هو الصحيح لأنه قال: وباع طعاماً آخر ولم يقل ذلك الطعام، وإذا كان كذلك كان القبض فاسداً ولم يبرأ الدافع لأنه لم يكله لمن استحق الكيل عليه، وإنما كاله لغيره.

ومن أصحابنا من قال: يبرأ الدافع بذلك لأنه قبض بإذن صاحب الحق، وإن لم يكن قبضاً صحيحاً فتبرأ وقيل: الوجهان بناء على ما لو باع السيد ماله في ذمة المكاتب هل يجوز؟ قولان قال في «الأم»: ثم يجوز وقال في الجديد: لا يجوز، فإذا قلنا: لا يجوز قبضه المشتري [١٢٣أ/٦] من المكاتب لم يقع القبض له وهل يقع للسيد؟ قولان كذلك هاهنا لا يقع له، وهل يقع للإذن؟ وجهان، فإذا قلنا: يقع له فقد برئت ذمته من حقه والطعام في يده عن قبله فيستأنف قبضه كيلاً، وإن قلنا: لا يقع له فالطعام لمن وقع فعليه أن يكيل ممن له عليه ثم ذلك يكيل ثانياً لمن له عليه فإن كان زائداً استرجع الزيادة، وإن كان ناقصاً فعليه الإتمام وإن كان وفاء حقه صح قبضه وبرئ من حقه، وإن اكتاله منه لنفسه ودفع إليه بالكيل الذي أخذه صح قبضه من الأول ولم يصح قبض الثاني منه لما روي عن الحسن البصري أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب السلف لا يحول (٣٤٦٨).

المشتري»[1]، والمعنى فيه أن كل بيع يقتضي قبضاً وكل قبض يقتضي كيلاً إذا لم يكن العقد مجازفة، والاكتيال الأول قبض في أحد البيعين فلا بد للبيع الثاني من القبض، وقبضه أن يجري الصاع مرة أخرى في ذلك الطعام ثم إذا أجرينا الصاع الثاني في ذلك الطعام ففضلت زيادة فيما بين الكيلين كانت [١٢٣ب/ ٦] تلك الزيادة لصاحب الغريمين إذ يحتمل أن تلك الزيادة إنما ظهرت لمبالغة في الكيل الأول لا لتقصير في الكيل الثاني، ولو ظهر نقصان في الكيل الأول لزيادة في الكيل الثاني وهكذا في بيع العين، لو اشترى مكايلة فاكتال ثم باعه مكايلة وسلمه بالكيل الأول لم يَجُز.

ولو اكتاله لنفسه ولم ينقله وتركه في المكيال وأقبضه إياه على تلك الصورة قال أبو يحيى البَلْخِي: فيه وجهان أحدهما: يجوز لأنه تسلمه مكيلاً وهذا أَقْيس لأن استدامة الكيل يجري مجرى ابتدائه، والثاني: لا يجوز وهو ظاهر الخبر «حتى يجري فيه الصاعان» فيقبله ثم يكيله على صاحبه.

ولو قال له: خذ لي الطعام الذي عليه ثم خذ منه حقك فقبضه لموكله جاز ولا يصح قبضه لنفسه، ولو قال: خذ حقك بالكيل بانياً لنفسك فقبضه لنفسه بكيل جديد هل يجوز أم لا؟ قال أصحابنا بالعراق: لا يجوز أصلاً لأنه لا يكون قابضاً لنفسه من نفسه بل يجب أن يكيل عليه البائع أو وكيله، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان أحدهما: ما ذكرناه [١٢٤أ/ ٦] والثاني: يجوز لأن القبض قد حصل وإنما يحتاج إلى كيل وقد ائتمنه البائع في الكيل، وهكذا لو قبض الذي اشتراه مكايلة وزناً أو اشترى موازنة كيلاً يكون قبضاً فاسداً فيحصل به انتقال الضمان إلى المشتري ولكن لا يحصل به جواز التصرف، فإن كاله هذا المشتري على نفسه هل يتم به القبض؟ وجهان على ما ذكرنا، فإذا قلنا: صح قبضه للآمر فقبل أن يأخذه لنفسه لو تلف لا ضمان لأنه أمانة في يده وبعد ما أخذه لنفسه دخل في ضمانه سواء جوزنا القبض أو لا وهذا كما لو قال لرجل له عليه دين: خذ هذا الكيس وخذ منه حقك فما لم يأخذ يكون أمانة عنده، وإن قال خذه بحقك كان جزافاً فقد دخل في ضمانه ثم إذا وزنه لنفسه فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما، وإن قال له: خذه ابتداء لنفسك ولا تأخذه لي فلا يصح قبضه لأنه لم يوكّله بأن يأخذ له وليس له أن يأخذ لنفسه إذ ليس على المأخوذ منه شيء ولو أخذ كان مضموناً عليه بالقبض الفاسد فحصل سبع مسائل. [١٢٤ب/ ٦] يشتريه لنفسه.

---

(١) تقدم تخريجه.

الفصل

أراد به إذا أسلم إلى رجل في طعام فلما حل عليه دفع إليه دراهم ليشتري بها طعاماً فلا يخلو من أحوال: إما أن يقول له اشتر بهذه الدراهم لنفسك طعاماً فهذا باطل، وإذا اشترى كان له الشراء باطلاً لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في الشراء لنفسه، وإن اشترى الطعام في الذمة صح شراؤه لنفسه فإن نقد هذا الثمن فقد تعدى ولزمه الضمان والطعام له، وإن قال: اشتر بهذا طعاماً لي واقبضه لنفسك فالشراء صحيح ولا يصح قبضه لنفسه وهل يكون قبضاً للآمر على ما ذكرنا من الوجهين، ولو قال: اقبضه لي وخذه بالكيل الذي حضرته صح القبض للآمر ولم يصح له، ولو قال: اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك يصح الشراء وقبضه له ولا يصح قبضه لنفسه من نفسه، وقيل: إذا جدد الكيل فيه وجهان.

مسألة: قال: ولو حلَّ عليه طعامُ فأحالَ به على رجلٍ له عليه طعامٌ أسلفَهُ إياهُ لم يَجُزْ[1].

صوره بهذه المسألة [١٢٥أ/٦] لزيد على عمرو طعام من قرض فقال زيد لخالد أجلتك بالطعام الذي لك عليَّ بالطعام الذي لي على عمرو ولا يجوز ذلك لأن الحوالة بيع، وإذا أحال به يرضاه فكأنه ابتاع الطعام الذي له في ذمته بالطعام الذي أحال به وابتاع المسلم فيه قبل قبضه لا يجوز وقوله أسلفه أي أقرضه، وإن كانت المسألة بعكس هذا فحل لزيد على عمرو طعام من سلم، وكان لخالد على زيد طعام من قرض فقال زيد لخالد: أجلتك بالطعام الذي لك علي من القرض بالطعام الذي لي على عمرو بالسلم لا يجوز أيضاً لأنه باع ماله في ذمة عمرو من المسلم بما لخالد عليه من القرض فيكون ذلك بيع المسلم فيه قبل القبض فلا يجوز، ولو حل لخالد على زيد طعام من سلم وحل لزيد على عمرو طعام من سَلَم فأحال زيد خالداً بما حل عليه بما حل له على عمرو فلا يجوز لأنه باع المُسلَم فيه قبل القبض فحصل فيه فساد من وجهين فإذا تقرر هذا فدفع الحق بهذه الحوالة لا تبرئ ذمة المحال عليه من الذي [١٢٥ب/٦] ليس بثمن من حقه عليه بفساد الحوالة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا على قولنا الحوالة مبادلة فإن قلنا: إنها استيفاء جازت الحوالة في هذه المسائل، وقيل: لا يجوز على هذا القول أيضاً لأنه لو لم يحل وقبض حقه لا يجوز أن يسلمه إلى الآخر إلا بكيل جديد فكيف تصح الحوالة وهذا ضعيف وأصحابنا بالعراق لم يذكروا خلافاً في هذا، وإن كان الطعامان من قرض فأحال أحدهما على صاحبه به جازت الحوالة لأن القرض مستقر في الذمة فيجوز أخذ العوض عنه قبل القبض بخلاف المسلم فيه

(١) انظر «الحاوي» (٥/٢٣٣).

فإنه غير مستقر لجواز عدم ذلك عند المحل فينفسخ العقد لعدمه، ومن أصحابنا من قال: لا تصح الحوالة بغير الأثمان والقرض ليس بثمن وهذا ليس بشيء.

فرع

لو باع من رجل طعاماً بثمن إلى أجل فلما حل الأجل باع المشتري طعاماً من البائع بالثمن الذي عليه جاز، وحكى الشافعي عن مالك أنه لا يجوز لأنه بيع طعام بطعام إلى أجل وهذا غلط لأن هذا ليس ببيع طعام بطعام إلى أجل [١٢٦أ/٦] وهذا غلط لأن هذا ليس ببيع طعام بطعام بل هو باع الطعام الأول بثمن والطعام الثاني اشتري بثمن آخر فهما عقدان على ثمن، ولهذا لو خرج الطعام الثاني مستحقاً يسلم إلى صاحبه ويرجع المشتري على البائع بالثمن فلو كان بيع طعام بطعام لرجع عليه بالطعام الأول.

مسألة: قال: ولو أعطاهُ طعاماً فصدقهُ في كيلهِ لم يَجُزْ.

إنما صور الشافعي رضي اللّه عنه هذه المسائل في الطعام لأن الخبر ورد بلفظ الطعام وإلا فحكم الطعام وسائر الأموال سواء، وصورة هذه المسألة: أنه كان لزيد على عمرو كرّ طعام فكاله عمرو واستدعى زيداً وقال: هذا كرّ قد كلته فاقبضه فصدقه وقبض بغير كيل فالقبض فاسد لأن القبض إذا تعلق بالكيل لم يتم إلا بوجوده عند التسليم ومعنى قولنا: فاسد أن القول قوله في قدر نقصانه قليلاً كان النقصان أو كثيراً، فإن كان الطعام موجوداً واتفقا على أنه هو الطعام بعينه كلناه فإن خرج وفق الحق فلا كلام وإن نقص فعلى [١٢٦ب/٦] الدافع التمام، وإن زاد فعلى القابض رد الفضل، وإن كان معقوداً سألنا القابض فإن قال: خرج وفق حقي فذاك، وإن قال زاد كذا رده، وإن قال: نقص فالقول قوله وعلى الدافع التمام سواء ذكر نقصاً قليلاً أو كثيراً، فإن قيل: أليس في المسألة التي قبلها إذا أحضره، وقال: اكتاله لك فاكتاله بحضرته كان القبض فاسداً، ولو ادعى نقصاناً متفاوتاً لم يقبل قوله، وإن ادعى نقصاناً يقع الغلط فيه من الكيلين في العادة يقبل قوله فهلاّ قلتم مثله هاهنا؟ قيل: الفرق أن هناك عاين الكيل وشاهده وهاهنا قبضه جزافاً فقبل قوله في النقصان الذي يدعيه بكل حال، فإن قيل: كيف يسمع دعواه النقصان والشافعي قال: فصدقه في كيله؟ قيل: لم يرد الشافعي به أنه أقر بصحة الكيل بل هو قبول القول المخبر وحل قوله على الصدق فإذا بان له خلافه سمعت دعواه.

فرع

لو باع القابض ذلك نظر فإن باع الكل لم يجز لأن للدافع فيه تعلقاً وهو أنه إذا كان

فاضلاً كان الفضل له وإن باع القدر الذي يقطع أنه حقه مثل النصف ونحوه فيه [١٢٧أ/٦] وجهان: أحدهما: قبول قوله في النقصان لأن الضمان انتقل إليه بقبضه فجاز له التصرف فيما هو حقه منه وهذا أقيس، وقال ابن أبي هريرة: لا يجوز ذلك بحال لأن العلقة باقية بينه وبين الذي قبضه منه فلم يجز له التصرف فيه وقيل: نص عليه في الصرف، وقال في «الحاوي»: إن كان مستحقاً عن قرض فيه وجهان: أحدهما: يجوز والفرق أن ملك القرض مستقر بخلاف البيع وهذا أصح وأشار إليه في «الأم».

فرع آخر

لو كان له عليه طعام حال إما من قرض أو سلم فدفعه إليه بشرط أن يبيعه طعاماً آخر لا يلزمه هذا البيع لأنه وعد بذلك والوعد لا يلزم ولا يلزمه رد ما أخذه منه لأنه أخذ حقه، فلا يلزمه رده نص عليه، ولو باعه على هذا الشرط فالبيع باطل وكذلك لو قال بعني طعامك إلى أجل حتى أقضي حقك منه فباعه بهذا الشرط بطل البيع، ولو قال: أعطني حقي على أن أبيعه منك إلى أجل ففعل صح القبض ولم يلزمه البيع.

فرع آخر

لو قال: ادفع فضلاً على [١٢٧ب/٦] الطعام حتى أبيعك طعاماً آخر ففعل لا يلزم البيع لأنه وعد ولكن يلزم رد الفضل عليه فإن دفع فضلاً في الكيل يلزمه رد الزيادة وإن دفع فضلاً في الصفة يلزمه والكل واحد ما يستحقه.

فرع آخر

لو كان عليه طعام مؤجل فقال: عجله لي على أن أبيعك طعاماً آخر، ففعل لم يلزمه البيع لأنه وعد ويلزمه رد الطعام إليه لأنه عجله بشرط ولم يحصل الشرط ويصبر إلى أن يحل الأجل ثم يطالبه به.

فرع آخر

لو أمر رجلاً أن يتقاضا الطعام عن سَلَم ووعد أن يقرضه إياه فقبض الطعام فهو بالخيار إن شاء أقرضه وإن شاء منعه فإن منعه كان للقابض أجرة التقاضي.

مسألة: قال: ولو كان الطعامُ سلفاً جازَ له أن يأخذَ به ما شاءَ يداً بيد.

السلف: اسم للقرض والسلم جميعاً وأراد به هاهنا القرض فإذا كان له على رجل طعام من قرض يجوز له أن يأخذ العوض عنه طعاماً أو دراهم أو غير ذلك لأن القرض

مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه والتصرف فيه كما يجوز ذلك [١٢٨أ/٦] عن المبيع بعد القبض بخلاف المسلم فيه، وهكذا يجوز أخذ العوض عن طعام مستقر في الذمة بالغصب ونحوه، ثم إذا أخذ البدل إن شاء أخذ بلفظ البيع فيقول: بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب وإن شاء قال: أخذت منك هذه الدراهم بدل مالي عليك من القرض، وإن أراد مقرض الطعام أن يبيعه من أجنبي غير المستقرض قبل قبضه فيه وجهان خرجهما ابن أبي هريرة أحدهما: يجوز كما في المستقرض لاستقرار ملكه عليه، والثاني: لا يجوز لأنه غير مقدور على تسليمه إليه حتى يقبضه منه، فلا يجوز بيعه.

وقال القفال: فيه قولان ولعله أراد قول التخريج، فإن قيل: أليس الحوالة تجوز وجهاً واحداً فما الفرق؟ قلنا: إن الحوالة تقع مقبوضة مسلّمة فهي في معنى بيعه ممن عليه وأيضاً طريق الحوالة الإرفاق فجازت، وإن لم يجز البيع ألا ترى أنه يجوز أن يقرض درهماً بدرهم ويتفرقا قبل القبض ولا يجوز هذا في بيع درهم بدرهم؟ لأن القصد من القرض الإرفاق دون المعاوضة، فإذا تقرر هذا وباع من الذي عليه وأخذ [١٢٨ب/٦] العوض.

قال الشافعي: جاز أن يأخذ به ما شاء يداً بيد، قال أصحابنا: إن كان القبض مستحقاً فيهما في المجلس لا يجوز التفرق قبل القبض مثل أن يأخذ بدل الطعام الذي عليه طعاماً من غير جنسه مثل الشعير بدل الحنطة، وإن أخذ بدله دراهم أو دنانير أو ثياباً هل يجوز التفرق قبل قبضها؟ وجهان أحدهما: وهو ظاهر النص لا يجوز لأن القرض كان ديناً وإذا استبدل ثم افترقا قبل القبض أشبه البدل الدين وقد نهى رسول اللّه ﷺ «عن بيع الدّين بالدّين»[١]، ولهذا لو جعل الثوب موصوفاً في الذمة بدلاً عن الحنطة في الذمة لم يجز، وهذا اختيار أبي حامد، والثاني: يجوز لأنه لو باع ثوباً ممن في الذمة وافترقا قبل قبض الثوب جاز، فكذلك إذا كان الثمن عيناً والمبيع في الذمة يجوز أن يفترقا قبل القبض قال القفال: وهذا أقيس وكلام الشافعي محمول على أنه أراد به في مال الربا استبدل طعاماً بطعام أو دراهم بدنانير وأراد بقوله: يداً بيد أن لا يكون ديناً بل يكون عيناً ولم يرد به أن يكون قبضاً في المجلس.

فرع

لو أقرضه طعاماً وهو في يد المستقرض لم يتصرف [١٢٩أ/٦] فيه لا يجوز أن يأخذ منه بدله سواء قلنا: زال ملكه عن العين بنفس الإقراض أو قلنا: لا يملك إلا بالتصرف فيه

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٣/٨).

لأن على القول الأول زال ملكه عن العين بنفس الإقراض أو قلنا: لا يملك إلا بالتصرف فيه لأن على القول الأول زال ملكه عن العين ولم يستقر بدله في ذمة المستقرض لأن له الرجوع في العين، فلا يجوز أخذ البدل وإن قلنا بالقول الثاني: فقد ضعف ملكه لما زال يده وسلط عليه غيره بالتصرف فيه ذكره القاضي الطبري، وإن كان المستقرض باعه ثم رجع إليه بإرث أو شراء لا يجوز للمقرض أن يأخذ عوض الغير ولكن يأخذ عوض ماله في ذمته على ما بيناه.

فرع آخر

لو كان له في ذمة الغير طعام مستقر إلى أجل مهراً أو عوض خلع ونحو ذلك، يأخذ منه بدل الطعام، قال في الصرف: فإن لم يكن مطعوماً يجوز، وإن كان مطعوماً من غير جنسه لا يجوز لأنه بيع طعام بطعام إلى أجل قال أبو حامد: وعندي أنه يجوز لأنه إذا قبض منه ذلك برئت ذمة من عليه الطعام منه فكيف يبقى في ذمته إلى أجل؟ [١٢٩ب/٦]

فرع آخر

إذا أقرض رجل طعاماً بمصر ثم التقيا بمكة فطالبه بالطعام الذي له في ذمته لا يجب عليه دفعه إليه بمكة، لأن الأسعار تختلف ولأنه يلحقه مؤونة في نقله من مصر إلى مكة وهو يستحق أخذه منه بمصر نص عليه في الصرف، فإن طالبه بالعوض يلزمه دفع ذلك إليه لأنه قد تعذر دفع ذلك إليه لأنه قد تعذر دفع عين حقه فيجب دفع عوضه وتعتبر قيمة ذلك ما يكون بمصر لأنه يستحقه هناك، فإن رضي المستقرض بدفع الطعام بمكة جاز لأنه رضي بإدخال الضرر على نفسه، وهكذا لو استهلك رجل على رجل طعاماً فلقيه ببلد آخر يطالبه بقيمة الطعام في البلد الذي استهلكه ولا يطالبه بالمثل إلا أن تكون قيمة الطعامة في البلدين واحدة فله مطالبته بالمثل.

فرع آخر

إذا دفع القيمة ثم رجع إلى مصر هل له رد القيمة والمطالبة بالطعام وجهان.

فرع آخر

لو كان الطعام الذي عليه سَلَماً فلقيه ببلد آخر لا يجوز أن يطالبه بقيمته لأنه يكون بيع السلم قبل القبض وذلك لا يجوز وإن تراضيا وإن دفع [١٣٠أ/٦] من عليه الطعام في الموضع الذي لقيه، وقال: خذه وأبرئني منه لم يجبر على القبول، ولا على الإبراء لأن عليه

مؤونة في حمله إلى بلده فهو كما لو قدّمه على محله وعليه مؤونة في حفظه لم يلزمه قبوله قبل محله كذلك هاهنا وإن تراضيا جاز.

فرع آخر

لو أقرضه دراهم أو دنانير في بلد ثم لقيه في بلد آخر له مطالبته بمثله لأنه لا مؤونة في نقل الدراهم والدنانير.

فرع آخر

لو كان عليه عشرة أقفزة طعام فأقبضه كيلاً ثم عاد فذكر أنه قد نقص قال الربيع: فيه قولان أحدهما: القول قول القابض مع يمينه وبه قال مالك، والثاني: وبه يفتىٰ القول قول الدافع وبه قال أبو حنيفة، لأن الظاهر أنه قد قبض حقه وقد رجع يدعي خلاف الظاهر، وهكذا الخلاف فيما قبضه البائع من الثمن وزناً وذكر والدي رحمه الله: أنه إن ذكر قدراً قد يقع مثله لاختلاف الموازين سمع مع يمينه كما إذا ادعى الزكاة غلطاً على الخارص وذكر نقصاً محتملاً، وقد ذكرنا من قبل ما يدل على هذا. [١٣٠ب/٦]

فرع آخر

لو قبض الثمن ثم جاء وذكر أن فيه زيفاً يُنظَر فإن صدقه المشتري أن هذا هو الثمن الذي قبضه بعينه فعلى البائع البينة أنه زيف ويبدله له، وإن كذبه وقال: ما هذا هو الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه فإن حلف برأ فإن كان للبائع بينة أنه الثمن بعينه أقامها ثم عليه البينة أن هذا زيف وعليه أجرة من ينتقد، ومن أصحابنا من قال: أجرة النقاد على المشتري والأصح الأول وهو اختيار القاضي الطبري.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: على الإمام أن ينصب كيالاً ووزاناً في سوق المسلمين ويرزقهما من سهم المصالح فإن لم يكن فأجرتهما على البائع.

فرع آخر

قال في الصرف: لو باع صبرة من الطعام جزافاً فالبيع جائز ولا بأس به وقال في حرملة: لا أحب ذلك فإن فعل لم يقض البيع فحصل من هذا أنه يجوز البيع قولاً واحداً وهل يكره؟ قولان أحدهما: لا يكره والثاني: يكره لأن فيه ضرباً من الغرر وربما قدرها أكثر من كيلها فإن وجدها مصبورة على دكة أوربوة كان له الخيار لأنه كالعيب. [١٣١أ/٦].

باب بيع المصراة

قال: أخبرنا مالكُ الخبرَ.

التصرية: أن يربط أخلاف الناقة أو الشاة أو البقرة ويدعها عن الحلاب يومين أو ثلاثة أيام حتى يجتمع لبنها ويكبر ضرعها ثم يبيعها فيظن المشتري أنها غزيرة اللَّبَن ثم إذا حلبها يجد لبنها أنقص مما كان، وهو مشتق في اللغة من الصري وهو الجمع، يقال: صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه إذا جمع وسميت الصرّة صرّة للجمع ويقال صرّى الماء في ظهره إذا نزل الجماع، وقد روى ابن عمر رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام»[1] وأراد التي جمع اللبن في ضرعها ومنه قيل: احتفل الرجل إذا جمع المحافل مأخوذة من هذا. فإذا ثبت هذا فالتصرية تدليس وفعل محرم وغرر يوجب العيب فمتى علم به المشتري له الخيار إن شاء فسخ البيع ورد المبيع وإن شاء اختار البيع، وبه قال ابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وأنس رضي اللّه عنهم ومالك والليث وابن أبي [١٣١ب/٦] ليلى وأحمد وإسحاق وأبو يوسف وزفر رحمهم اللّه، وروي عن أحمد أنه قال: إذا حلب لبنها ليس له الرد لأنها نقصت في يده فتستخرج أرش العيب.

وقال أبو حنيفة: التصرية ليست بعيب ولا يثبت بها الخيار بحال، وبه قال محمد: وهذا غلط لما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تصرّوا الإبل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخَيْر النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[2] وهذا نص ونحو هذا رواه ابن عمر رضي اللّه عنه، فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في كيفية الرد وجملته أنه إذا ردها يلزمه رد بدل اللبن لأن العقد وقع عليه لوجوده حال العقد، وقد روي في ذلك أخبار مختلفة والأشهر ما ذكر في «المختصر»: «ردها وصاعاً من تمر»، وروي «ردها وصاعاً من تمر لا سمراء»، وأراد به البر، وروي «وصاعاً من سمراء»، وروي «وصاعاً من طعام»، وروي «ردها ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً».

واختلف أصحابنا في هذا فقال أبو إسحاق: نص على التمر لأنه أصل وقيمته بالحجاز [١٣٢أ/٦] دون قيمة البُر وقوله: «صاعاً من تمرٍ لا سمراء» يعني لا يكلف السمراء وقوله:

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب من اشترى مصراة فكرهها (٣٤٤٦).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه (١٥١٥) وأبو داود في البيوع، باب من اشترى مصراة فكرهها (٣٤٤٣) وأحمد في «مسنده» (٢٧٢٤٩).

«صاعاً من سمراء» يعني إن تطوع به قبلناه لأنه أفضل وقوله: مثل لبنها إذا كان لبنها صاعاً كيلاً يكيل وله أن يتطوع بدفع القمح، قال: وكل موضع كان الصاع من التمر أقل من نصف ثمن الشاة فهو الأصل لا يطالب بغيره، وإن كان الصاع أكثر من نصف ثمن الشاة مثل إن كان في البلد الذي يعز فيه التمر كخراسان رد معها قيمة صاع من تمر بالحجاز يوم الرد كرجل أقرض رجلاً صاعاً من تمر بالحجاز فلقيه بخراسان له مطالبته بقيمته بالحجاز يوم المطالبة وليست له مطالبته بالتمر كذلك هاهنا.

ومن أصحابنا من قال: على هذا إذا عدم التمر يلزمه قيمته وفي محل قيمته وجهان أحدهما: قيمته في أقرب بلاد التمر منه، والثاني: قيمته بالمدينة، ومن أصحابنا من قال: يرد صاعاً من تمر أبداً وإن كان قيمته أضعاف ثمن الشاة لأن النبي ﷺ قدره به ولا يكون جامعاً بين الشاة وثمنها إذا كان اشتراها بصاع لأن هذا بدل اللبن [١٣٢ب/٦] لا بدلها، ومن أصحابنا من قال: إذا اشترى الشاة بصاع فيه وجهان أحدهما: هذا، والثاني: يرد من الصاع بقدر نقص التصرية من الثمن فتقوم الشاة لو لم تكن مصرّاة وتقوّم مصرّاة فإن نقص درهماً من عشرة علم أن نقص التصرية الخمس فيرد المشتري خمس الصاع الذي اشتراها به ومن أصحابنا من قال: نص على التمر لأنه قوت الحجاز ونص على البر لأنه قوت بلد آخر وأفاد اختلاف الألفاظ من الخبر لأنه يعتبر غالب قوت بلد البيع تمراً كان أو براً أو شعيراً كما قلنا في زكاة الفطر وهو اختيار ابن سريج والإصطخري، ومن أصحابنا من قال: يعطى من أي الأقوات المزكاة شاء من بُر أو شعيرٍ، ومن أصحابنا من قال: يختلف ذلك باختلاف اللبن فيؤدي بقيمته اللبن وهو ضعيف.

فرع

لو أراد المشتري رد اللبن فاللبن الذي كان في ضرعها حين البيع لا يمكن رده وحده لأنه قد اختلط باللبن الحادث من ملك المشتري وإن رضي المشتري رد الكل على البائع أشار أبو إسحاق في «الشرح» إلى وجهين أحدهما: عليه القبول لأنه حقه [١٣٣أ/٦] وزيادة، والثاني: لا يلزمه القبول لأنه بالحلب صار ناقصاً لإخراجه من الضرع الذي منع التغير وصار حيث يسرع إليه التغير فله أن يمتنع من قبوله، وهذا أصح عند جمهور أصحابنا، فإن تراضيا عليه جاز.

فرع آخر

إذا علم المشتري بالتصرية في اليوم الثاني والثالث للخبر نص عليه في «الإملاء» في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى حكاه القاضي في «الجامع»، ومن أصحابنا من قال: إذا

علم بأنها مصراة فالرد على الفور فإن لم يرد مع الإمكان بطل الرد كسائر العيوب، وإنما جعل له رسول اللّه ﷺ الثلاث ليحصل له يقين التصرية وهو اختيار ابن أبي هريرة، وحكي أنه قال: المراد بالثلاث المذكور في الخبر خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط والرد بعيب التصرية يكون عند العلم على ما ذكرنا، وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: لو أراد الرد قبل الثلاث ليس له لأنه لا يعلم العيب بأقل من ثلاثة أيام وإنما حد ثلاثة أيام لهذا المعنى، ولو أراد الرد بعد الثلاث ليس له لأنه ترك الرد بعد القدرة مع معرفة العيب وإنما له الرد عند انقضاء [١٣٣ب/٦] الثلاث وهذا بعيد.

فرع آخر

لو رضيها المشتري وحلبها زماناً ثم أصاب بها عيباً قديماً بغير التصرية فله ردها بهذا العيب لأنه لم يرض بالعيب الذي ظهر الآن وإنما رضي بعيب التصرية فقط والحلاب ليس بنقص فلا يمنع الرد بالعيب. فإن قيل: هو نقص في اللبن الموجود حال العقد الذي أخذ قسطاً من التمر فوجب أن يمنع الرد قلنا: المقصود الحيوان دون اللبن وهذا غير صحيح، والعلة الصحيحة إن قال: الحلب طريق إلى استعلام عيب التصرية فلا يمنع الرد لقطع البطح يسيراً فإن قيل: إذا جز صوفها ثم أصاب بها عيباً هل يبطل حقه من الرد؟ قلنا: إن كان جز الصوف مما لا يمكن التوصل إلى معرفة العيب لأنه لا يبطل حقه من الرد به، وإن كان مما يمكن التوصل إليه من دونه يمنع الرد، وفي اللبن لا يمكن معرفة العيب إلا بحلبه فهما سواء، فإذا ثبت هذا وردها يرد معها صاعاً من تمر للبن التصرية على ما ذكرنا، وإن قلنا: لا يفرق لا يرد ويرجع بأرشه.

فرع آخر

لو اشترى شاةً ولم تكن مصراة وحلبها زماناً [١٣٤أ/٦] ثم أصاب بها عيباً قديماً له الرد، قال الشافعي في القديم: قال لي محمد بن الحسين: هل يرد للبن؟ فقال: لا ، قال بعض أصحابنا: الفرق بينه وبين المصراة أن اللبن في غير المصراة لا يتحقق، وإن كان فهو يسير لا اعتبار به، وفي المصراة اللبن كثير مجموع متحقق فيقسط عليه الثمن ويلزمه رد بدله عند الرد، وقال بعض أصحابنا: هذا إذا لم يكن فيها لبن حال العقد نظر فإن كان اللبن تالفاً فإن قلنا: لا نفرق الصفقة ليس له الرد لأنه قد تلف بعض المبيع بعد القبض، وله الأرش، وإن كان اللبن قائماً هل له الرد؟ وجهان بناء على ما ذكرنا من الوجهين إذا كان لبنها والحادث بعد العقد قائماً في المصراة فردها المشتري مع اللبن هل على البائع قبوله؟ وجهان، فإن قلنا: يلزم قبوله رُدَّ اللبن مع الشاة على البائع ويرد بدل اللبن وهو قيمته

هاهنا، والقول قول المشتري في قدرها لأنه غارم وهذه الطريقة أقيس.

وقال في «الحاوي»: لا خلاف في هذه المسألة أنه يردها وإن كان في ضرعها لبن وقت البيع لأن ما في الضرع غير مقصود إذا لم يعين [١٣٤ب/٦] لبن التصرية ثم يلزمه رد قيمة اللبن معها لأنه يأخذ قسطاً من الثمن ولا يلزم الصاع وهذا غير صحيح عندي.

فرع آخر

لو علم بالتصرية واشتراها هل له أن يردها إذا لم يصر لبنها لبن عادة؟ وجهان أحدهما: ليس له كما لو علم بالعيب فاشتراها، والثاني: له ذلك لأن ذلك اللبن يجوز بقاؤه على كثرته وقد دخل في العقد على طمع أن يصير لبنها لبن عادة فإذا لم يصر كان له الخيار كالمرأة تتزوج بعنين مع العلم بحاله يثبت لها الخيار في وجه.

فرع آخر

لو اشترى مصراة ولم يعلم بها حتى صار لبنها لبن عادة هل يجوز له الخيار؟ وجهان كما لو اشترى معيباً ولم يعلم بالعيب حتى زال العيب فيه وجهان وأصل هذا إذا عتقت تحت عبد فلم يعلم حتى أعتق الزوج هل لها الخيار؟ قولان، وقال أبو حامد: عندي لا خيار له في المصراة قولاً واحداً لأنه ما كان بها عيب بل تحدد لها زيادة فضيلة.

فرع آخر

لو اشترى بقرة فوجدها [١٣٥أ/٦] مصراة قال الشافعي رضي اللّه عنه: وكذلك البقر وإنما قال ذلك لأن الخبر ورد في الإبل والغنم فكان ذلك تنبيهاً عليها لأن لبن البقر ساوى لبن الغنم في الجودة وانفرد بالكثرة وساوى لبن الإبل في الكثرة وانفرد بالجودة مع أنه روي «من ابتاع محفلة فهو بخير النظرين»[١] وهو عام في الكل، وقال داوود: لا يرد البقر لأنه لم يرد فيها الخبر وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو اشترى جارية فوجدها مصراة قال في «الإفصاح»: فيها ثلاثة أوجه أحدها: يردها ويرد معها صاعاً من تمر كالبهيمة لأن لبن الجارية لبن ظاهر مشروب يحل بيعه وثمنه وهذا اختيار القاضي الطبري، والثاني: لا يردها لأن نقصان لبنها ليس بعيب فإن لبنها لا يقصد

---

(١) أخرج نحوه أبو داود (٣٤٤٦) وابن ماجة (٢٢٤٠).

في العادة ولا يباع ولا يشترىٰ، وذكر الداركي على هذا الوجه: أنه إذا لم يردها يرجع بالأرش وهذا غلط، لأن هذا القائل منع الرد لأنه ليس بعيب وقدر الداركي أنه لا يرد لأن الحلب غير حادث فقال: يرجع بالأرش، والثالث: يردها ولا يرد معها شيئاً لأنه عيب [١٣٥ب/٦] ولكن اللبن لا يقصد بالشراء والبيع وهذا أقرب عندي، وقال أبو حامد: لاخلاف أنه عيب فيها ولكن ما حكمه؟ فيه وجهان أحدهما: يردها ولا يرد شيئاً لأنه حصل في يده لبن البائع ولا يمكن أن يقال: يرد عوض اللبن معها لأنه لا يقصد بالعوض فلم يبق إلا الأمثال والرجوع بالأرش.

فرع آخر

لو اشترى خيلاً أو ظبيةً فوجدها مصراة قال في «الحاوي»: في غير النعم هل يكون التصرية عيباً يوجب الرد وجهان أحدهما: لا يكون عيباً لأن الألبان لا يقصد إلا في النعم وهو اختيار البصريين، والثاني: يكون عيباً في كل حيوان فعلى هذا هل يرد صاعاً بدلاً من لبن التصرية؟ وجهان أحدهما: يرد لعموم الخبر، والثاني: لا يرد ولأن لبن الخيل غير مقصود.

فرع آخر

لو اشترى أتاناً فوجدها مصراةً قال أبو حامد: هو عيب بلا خلاف لأنه يقصد لبنها للجحش فإذا ردها لا يرد شيئاً للبن لأنه نجس لا قيمة له عند الشافعي، وقال الإصطخري: هو طاهر يحل شربه فحكمه حكم الشاة ويرد صاعاً [١٣٦أ/٦] من تمرٍ والمنفعة قد ورد فيه قصّة مخلد بن خفاف وهو ما روي عنه أنه قال: اشتريت غلاماً فاستعملته زماناً ثم وجدت به عيباً فرددته فقضى عليّ عمر بن عبد العزيز وكان آمر أمر المدينة يؤده ورد غلته فأخبرت به عروة بن الزبير وكنت في جواره فقال: أخبرتني عائشة رضي اللّه عنها أن رسول اللّه ﷺ «قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان» فأخبرت به عمر بن عبد العزيز فقال: لا عليَّ قضيت قضاء فإذا أخبرني مخبر أن رسول اللّه ﷺ قضى بخلافه نقضت قضائيَ فرجعت فأخبرت به عروة فأتى عمر وأخبره فدعا بالبائع وقال: قد قضيت لك بقضاء وهذا عروة بن الزبير يخبرني أن رسول اللّه ﷺ قضى بخلافه فقال: قد قضيت قضاء بالأمس فلا ينقضه فغضب عمر وقال من يعذرني من هذا يأمرني أن أرد قضاء رسول اللّه ﷺ وأنفذ قضاء ابن عمر لا بل أنفذ قضاء رسول اللّه ﷺ وأرد قضاء ابن عمر صاغراً [١٣٦ب/٦] صدياً، وإن كان النماء عيناً مثل الولد والثمار والنتاج فعندنا حكم ذلك حكم المنفعة يبقى للمشتري ويرد الأصل بالعيب.

وقال مالك: الولد والنتاج يرد مع الأصل ولا يرد الثمار لأنه ليس من جنس الأصل ولأنه حكم تعلق برقبة الأم فيسري إلى الولد كالكتابة وهذا غلط، لأنه بما حدث في ملك المبتاع فلا يلزمه رده مع الأصل كالثمرة، والكتابة لا نُسلّم أنها تسري إلى الولد.

وقال أبو حنيفة: هذه الزوائد تمنع رد الأصل بالعيب فيأخذ الأرش، وهذا مبني على أصله أن الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله وعندنا هو فسخ للعقد من وقت الرد فلا يبقى للمشتري النماء مع رد الأصل عنده لأن العقد يصير كأن لم يكن، وعندنا يبقى له ذلك لأن العقد ينقطع في الحال ووافقنا في الواهب إذا رجع في هبته أن يكون رفعاً للعقد من وقت رجوعه واحتج الشافعي بحديث مخلد بن خفاف، ولم يفصل بين خراج وخراج واسم الخراج على الزوائد المنفصلة أوقع منه على علة العبد ووافقنا أبو حنيفة في غلة العبد [١٣٧أ/٦] وأنها لو حدث في يد البائع لا يمنع الرد، ومن أصحابنا من خرج وجهاً أنه يرفع من أصله لأن سبب الفسخ قارن العقد تخريجاً مما قال الشافعي في النكاح إذا فسخ بالعيب يغرم مهر المثل.

فرع

الرد بالعيب لا يفتقر إلى الرضا ولا إلى قضاء القاضي قبل القبض وبعده، وقال أبو حنيفة: إن كان بعد القبض لا يكون له الفسخ إلا بالرضا أو بالقضاء وهذا غلط، قياساً على ما قبل القبض.

فرع آخر

إذا أراد الرد بالعيب قبل القبض لا يفتقر إلى حضور صاحبه، وقال أبو حنيفة: يفتقر إلى حضوره، وإن لم يفتقر إلى رضاه وهذا غلط، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلا يفتقر إلى حضوره كالطلاق.

فرع آخر

إذا باع شاة حاملاً عند البيع فولدت عنده ثم أصابها عيب فهل الحمل يأخذ قسطاً من الثمن برد الشاة والنتاج؟ وإن قلنا: لا يأخذ قسطاً من الثمن فيه وجهان أحدهما: يرده أيضاً مع الأم لأن العقد تناوله، وإن لم يأخذ قسطاً من الثمن، والثاني: لا يلزمه رده لأنه حصل في ملك المشتري [١٣٧ب/٦] من غير أن يكون في مقابلته جزء من الثمن فأشبه النماء الحادث بعد البيع، وهكذا لو باع أمة حاملاً فولدت وهذا إذا لم ينتقص بالولادة فإن نقصت بالولادة لا يردها بالعيب ويرجع بالأرش فإن قيل: أليس لا يجوز التفريق بين الجارية

وولدها الصغير في البيع! وقلتم هاهنا: إذا ولدت الجارية في ملك المشتري يرد الجارية دون الولد؟ قيل: المذهب أنه يجوز هذا التفريق لموضع الحاجة كما قال الشافعي في الجارية المرهونة: إذا ولدت حراً تباع الأم بحق المرتهن دون الولد لأنه موضع حاجة، وقال بعض أصحابنا: إن كان الولد طفلاً لا يفرّق بينهما وبين الولد وله الأرش، وإن كان قد بلغ سبعاً أو ثماني سنين قبل أن يعلم بالعيب إلى هذا الوقت كان له ردها وإمساك الولد وهذا أقيس.

فرع آخر

لو علم بالعيب بعد ما حبلت عنده ولم تضع فإن كان الحمل موكساً في ثمنها أو مخوفاً عليها في ولادتها فلا، وله الأرش وإن لم يكن موكساً ولا مخوفاً ردها حاملاً [١٣٨أ/٦] ثم إن قلنا: الحمل تبع فالولد للبائع، وإن قلنا: يأخذ الولد قسطاً من الثمن فيه وجهان أحدهما: أنه للبائع ولا يرجع به المشتري أيضاً لاتصاله بالأم عند الرد، والثاني: وهو الأقيس أنه للمشتري ويرجع على البائع لحدوثه في ملكه وغيره وعلى هذا لو حبس المشتري الشاة المعيبة حتى تضع حملها لا يمنع ذلك من الرد لأنه حبسها لأخذ ملكه منها وعلى الوجه الأول يمنعه ذلك من الرد بالعيب لأنه حبسها ولا ملك له فيها، وقال القاضي أبو حامد: هل الولد للبائع أو للمشتري؟ فيه قولان وهو للبائع في أولى قوليه.

فرع آخر

قال المزني في «المنثور»: لو اشترى غنماً بعشرة أقساط من لبن موصوف إلى أجل فلم يتقابضا حتى احتلب البائع منها عشرة أقساط ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما احتلب من اللبن وهذا صحيح، لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ويوجب سقوط الثمن ولا يمنع ملك النماء.

مسألة: وإنْ كانتْ [١٣٨ب/٦] ثَيّباً فوطِئهَا فالوطءُ أقلّ من الخدمةِ[١].

إذا اشترى جارية ثيباً فوطئها ثم وجد بها عيباً له ردها بالعيب وهذا الوطء لا يمنع الرد بالعيب، وبه قال مالك وعثمان البتّي وأبو ثور وأحمد في رواية، وروي ذلك عن زيد بن ثابت، وقال أبو حنيفة: لا يردها ويرجع بالأرش وبه قال الثوري والزهري والنخعي، وروي ذلك عن علي رضي اللّه عنه، وهذا لأن عندهم الوطء يجري مجرى الجناية وعندنا لا يجري

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٥/٢٤٦).

مجراها، وقال ابن أبي ليلى: يردها ويرد معها مهر مثلها للوطء، وبه قال عمر رضي اللّه عنه، وقال عمر رضي اللّه عنه: مهرها إن كانت بكراً عُشر قيمتها، وإن كانت ثيباً نصف عُشر قيمتها وهذا غلط، لأن وطأها صادف ملكه فلا يلزمه الغرامة واحتج الشافعي بأن الوطء أقل من الخدمة، يعني أقل ضرراً لأن الوطء يمنعها ويلذها والاستخدام يتعبها ويكدها، فإذا جاز الرد بعد الخدمة فلأن يجوز الرد بعد الوطء أولىٰ ولا فرق بين أن يكون البائع إياه فحرمت عليه بذلك الوطء أو كان أجنبياً فلم يحرم عليه بذلك. [١٣٩أ/٦]

فرع

لو وطئها البائع قبل التسليم فحكمه حكم وطء الأجنبي، وقال أبو حنيفة: هي مستبقاة على ملكه فلا يلزمه شيء لا الحد ولا المهر وهذا غلط، لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك.

مسألة: قالَ: وإنْ كانتْ بِكراً فافتضَّهَا.

الفصل

إذا اشترى جارية بكراً فافتضها ثم أصابها عيب ليس له ردها بل يرجع بأرش العيب لأنه أتلف جزءاً منها يوجب نقصان قيمتها ويفارق وطء الثيب في هذا المعنى فإذا ثبت هذا فكيفية الرجوع بأرش العيب أن ينظر كم قيمتها بكراً غير معيبة فيقال: ألف درهم وقيمتها بكراً معيبة كم؟ فقال: تسع مائة وثمنها عشرون ديناراً أو أقل أو أكثر فالمشتري يسترد عُشر الثَمَن لأن العيب نقص عشر القيمة، وإنما قلنا: يرجع بقدر ما نقص من الثمن لأنما نقص من القيمة لأن المبيع لو تلف كله رجع المشتري بالثمن لا بالقيمة، فكذلك إذا نقص منه جزء رجع بما يقابل ذلك الجزء من الثمن ويفارق المغصوب لأنه لو تلف الكل يضمن القيمة [١٣٩ب/٦] فإذا تلف بعضه يلزم ما نقص من القيمة ويعتبر في التقويم أقل ما كانت قيمتها من يوم العقد إلى يوم القبض لأنه إن كانت قيمتها يوم العقد بأقل مما زاد فهو في ملك المشتري، وإن كانت قيمتها يوم القبض أقل مما نقص قبله في يد البائع غير مضمون عليه، وقال مالك: يردها مع أرش نقص البكارة وبه قال أحمد في رواية، وهذا بناه على أصله لأن العيب لا يمنع الرد وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع

إذا وجد عيباً بما اشترى له الخيار على ما ذكرنا فإن اختار الإمساك يلزمه كل الثمن، وإن أراد أن يأخذ منه أرش العيب ليس له ذلك لأن البائع دخل في العقد على أن يحصل

للمشتري الثمن بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه إليه ببعض الثمن، وقال أحمد: له إمساكه ومطالبته بالأرش وهذا غلط لخبر المصراة، وذلك أن النبي ﷺ أثبت له الخيار بين الإمساك من غير أرش وبين الرد[1] ولأنه يملك رده فلم يكن له مطالبته بجزء من الثمن كما لو كان له الخيار بالشرط. [١٤٠أ/٦]

فرع آخر

إذا أراد المشتري رده فقال له البائع: أمسكه حتى أدفع أرش العيب لم يجبر على قبول ذلك لأنه دخل في العقد على سلامة المبيع فلا يجبر على إمساك المبيع ببعض الثمن.

فرع آخر

لو تراضيا على أخذ الأرش قال القاضي أبو حامد: فيه وجهان أحدهما: لا يجوز وهو ظاهر المذهب لأنه خيار ثبت لفسخ البيع فلا يجوز الاعتياض عنه كخيار الشرط وخيار المجلس، والثاني: يجوز وهو اختيار ابن شريح وبه قال مالك وأبو حنيفة، لأن كل خيار جاز أن يسقط إلى مال جاز إسقاطه على مال كالقصاص وهذا لا يصح لأن للدم بدلاً وهو الدية في حال فجاز إسقاط القصاص بها بخلاف هذا، فإذا قلنا: يجوز فأخذ الأرش ثم زال العيب لا يلزم المشتري رد الأرش.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يجوز أخذ الأرش بالتراضي فأخذ يلزمه رده لأنه أخذه بغير حق فلا يملكه وهل يسقط خياره بذلك؟ وجهان أحدهما: يسقط لأن أخذ الأرش رضا بسقوط خياره، والثاني: لا يسقط [١٤٠ب/٦] وهو المذهب لأنه لم يرض بسقوط حقه إلا بمال أو مثل هذا أنه لا يجوز أخذ العوض على تسليم الشفعة فإن أخذها يسقط حقه من الشفعة وجهان، والصحيح أنه لا يسقط وإنما لا يجوز أخذ العوض على تسليم الشفعة بخلاف أخذ أرش العيب على أحد الوجهين لأن حق الشفعة لا ينقلب مالاً بحال والرد بالعيب فلا يسقط فيجب الأرش وهو إذا حدث عنده عيب آخر.

مسألة: قال: ولو أصابَ المشتريانِ صفقةً واحدةً منْ رجلٍ بجاريةٍ عيباً.

---

(١) تقدم تخريجه.

الفصل

إذا اشترى رجلان من رجل عبداً صفقة واحدة فوجدا به عيباً فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك كان ذلك لهما لأن الصفقة إذا تفرقت في أحد طرفي العقد كانت بمنزلة الصفقتين، وقال القاضي أبو حامد: حكى أبو ثور عن الشافعي ليس لأحدهما أن يرده حتى يتفقا عليه وبه قال أبو حنيفة، فحصل قولان وبقولنا الأول قال أبو يوسف ومحمد ومالك في رواية، وهذا لأن [١٤١أ/٦] جميع ما ملكه بالعقد فجاز له رده بالعيب فجميع العبد إذا اشتراه واحد.

فرع

لو اشترى رجل من رجلين عبداً ثم وجد به عيباً فأراد أن يرد نصيب أحدهما دون الآخر له ذلك ووافقنا فيه أبو حنيفة، وقال القفال: رأيت بعض أصحابنا خرّج فيه قولاً ثانياً ليس له ذلك وليس بشيء وهذا لأن العقد يتعدد بعدد العاقد سواء كان المشتري متعدداً أو البائع حتى إذا اشترى اثنان من اثنين فذلك أربعة عقود لأنه ينقسم على البائعين ثم نصيب كل بائع ينقسم على المشتريين.

فرع آخر

لو كان العاقد وكيلاً لاثنين فذلك عقد واحد أو عقدان؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه عقد واحد لا يجوز فيه التفريق سواء كان هذا الواحد دليل بائعين أو دليل مشتريين وهو اختيار ابن الحداد لأن العقد يعتبر بالعاقد وهو واحد، والثاني: يعتبر المالك فالعقد اثنان لأن الملك يقع للموكل لا للوكيل وهو قول جميع أصحابنا بالعراق [١٤١ب/٦] واختاره أبو زيد والخضري، والثالث: وهو اختيار القفال يفصل فيقال: إن كان وكيل مشتريين فالعقد واحد وإن كان وكيل بائعين فالعقد اثنان والفرق أن معظم الأمر يرجع في باب الشرى إلى الوكيل ويرجع في البيع إلى الموكل ألا ترى أنه لو باع بغير الإذن أو خالف موكله بطل البيع والمشتري إذا اشترى للغير بغير إذنه، أو خالف أمره لزمه العقد في نفسه ولا يبطل، فإذا ثبت في وكيل المشتريين أنه ليس لأحد موكليه أن يرد نصيبه إذا لم يوافقه صاحبه فهل له أرش العيب في نصيبه أم لا؟ وجهان أحدهما: يرجع بالأرش كما لو حدث عنده عيب آخر والثاني: لا يرجع بالأرش لأن الرد غير فائت لأنه ربما يوافقه صاحبه فيردانه معاً، قال القفال: والأحسن أن يقال: هما حالان ما دام موافقة صاحبه في الرد موجودة بأن لم يعلم بالعيب أو هو غائب أو جاهل فيقال: إذا علم ربما يرد لا أرش له وإذا علم ورضي به أيسنا من الرد في نصيبه فللآخر الذي يريد الرد الأرش في نصيبه.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: [١٤٢أ/٦] إذا رد أحدهما واسترجع ما دفع فيه وجهان أصحهما: أن الشركة بين المشتريين بطلت بالرد فيكون للممسك نصف العبد وللراد نصف الثمن، والثاني: الشركة بينهما على حالها لأنه لم يكن بينهما قسمة فعلى هذا نصف العبد بينهما ونصف الثمن المسترجع بينهما.

فرع آخر

لو اشترى شيئاً ثم مات عن وارثين فأراد أحدهما الرد دون الآخر ليس له ذلك وجهاً واحداً، لأن العاقد والمالك في الأصل واحد، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان وهو ضعيف، وهل له أرش في نصيبه؟ قال ابن الحداد: له الأرش، وقال القفال: هو على التفصيل.

فرع آخر

لو وكّل رجلان في ابتياعه لهما فابتاعه ثم أصاب به عيباً فإن لم يكن الوكيل ذكرهما حال العقد تعلق العقد به فإن ادعى بعد ذلك أنه ابتاعه لهما لم يقبل قوله وإن ذكرهما حال العقد فالحكم على ما مضى.

فرع آخر

لو قال رجل لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف درهم فقال أحدهما: قبلت أحدهما بخمس مائة لم يصح لأنه [١٤٢ب/٦] قبل ما أوجب له وما لم يوجب لأنه أوجب له نصف كل واحدٍ من العبدين، ولو قال: قبلت نصف العبدين بخمس مائة صح البيع خلافاً لأبي حنيفة، وهكذا لو قال رجلان لرجل: بعنا عبداً بألف فقال: قبلت نصيب أحدكما بخمس مائة يصح خلافاً لأبي حنيفة، لأنه قبل ما أوجب له وهكذا لو كان العبد واحداً فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن جاز، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر أنه لا يجوز لأنه خالف الإيجاب وليس بشيء، ولو قال رجل لرجل: بعتك هذين العبدين بألف درهم فقال: قبلت أحدهما بخمس مائة أو نصف هذا العبد بخمس مائة لا يجوز لأنه يؤدي إلى تبعيض الصفقة على البائع وبيع الواحد من الواحد صفقة واحدة بخلاف المسألة الأولى.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذين العبدين كل واحد بخمس مائة فقال: قبلت أحدهما فالمذهب

جوازه وفيه وجه آخر لا يجوز لأن إيجابه صادفهما فلا يتبعض.

فرع آخر

لو اشترى رجلان عبداً من رجل فنقده [١٤٣أ/٦] أحدهما نصف الثمن كان عليه أن يسلم نصيبه إليه وهو نصف المبيع لأنه بمنزلة المنفرد بالعقد عليه ولو سلم إليه جميع الثمن لا يسلم إليه إلا النصف الذي ابتاعه منه ويسلم النصف الآخر إلى المشتري الآخر ويكون متبرعاً بوزن الثمن إلا أن يكون بإذن شريكه، وقال أبو حنيفة: ليس له قبض نصيبه إذا دفع نصف الثمن، ولو دفع كل الثمن كان له قبض كله ويرجع على شريكه بما أدى عنه وبناه على أصله أن حكمه حكم الصفقة الواحدة، وهذا غلط لأنه يؤدي إلى قبض ملك غيره من غير ولايةٍ ولا إذن.

فرع آخر

إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض لا يثبت الخيار للمشتري، وقال مالك: عهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا في الجذام والبرص والجنون فإنها إن ظهرت إلى سنة ثبت الخيار للمشتري واحتج بما روى الحسن عن عقبة أن النبي ﷺ «جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام»(١)، وهذا غلط لأنه عيب ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً بعد القبض فلا يثبته الخيار كما [١٤٣ب/٦] لو كان بعد الثلاث أو بعد السنة، وأما الخبر فمرسل لأن الحسن لم يلق عقبة ويحمل ذلك على إجازة شرط الخيار وإنما خص الرقيق لأن شرط الخيار فيه أحوج.

فرع آخر

لو اشترى رجل من رجل عبدين في صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيباً لم يكن له رد المعيب وإمساك الصحيح، وبه قال عامة أصحابنا، وقال القفال وصاحب «التلخيص» وجماعة: هذا على القول الذي يقول: لا يجوز تفريق الصفقة فأما إذا جوّزنا تفريق الصفقة رد المعيب منهما وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه قال: يقول إن كانت قبل القبض ليس له تفرق الصفقة وهذا لأن قبل القبض عنده يكون تبعيض الصفقة في الإتمام وبعد القبض يكون تبعيض الصفقة في الفسخ وهذا غلط لأن رد الصحيح تبعيض الصفقة في الفسخ وهذا غلط من المشتري فلم يكن له كما لو كان قبل القبض وأصله إذا كان المبيع طعاماً فإنه قال لا يرد بعضه فإن العيب ببعضه عيب بكله.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في عهدة الرقيق (٣٥٠٦) وأحمد في «مسنده» (١٦٩٣٤).

فرع آخر

إذا قلنا: يرده رده بحصته من الثمن إذا وزّع [١٤٤أ/٦] الثمن على قيمتها إذا قلنا: لا يرد فأراد ردهما فله ذلك، وإن كان العيب بأحدهما وليس للبائع أن يقول لا يرد إلا المعيب، ولو قال: لا أرد كليهما ولكني آخذ الأرش ليس له ذلك لأن رد كليهما ممكن.

فرع آخر

لو اشترى عبدين فمات أحدهما في يده ثم وجد بالآخر عيباً فإن جوّزنا تفريق الصفقة رد الحيّ وإن لم يجز له طلب الأرش فيما أراد رده قال القاضي أبو حامد: وهذا أولى قوليه، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إذا كانا قائمين يجوز تفريق الصفقة فهاهنا أولى وإن قلنا: هناك لا يفرق فهاهنا قولان والفرق أن هاهنا تفريق الصفقة لا باختياره بخلاف ما لو كانا قائمين، وإن كان العيب فيهما في الحي والميت ولم يرض بعيب واحد منهما فله الأرش فيهما.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول آخر أنه يفسخ في القائم والتالف فترد قيمة التالف مع القائم ويسترد الثمن، وإن كان لو انفرد التالف لا يمكن الفسخ فيه لأن العذر هاهنا ظاهر وهو أنه لا يتوصل إلى رد القائم إلا به، ويكون التالف في الفسخ تبعاً للقائم قال هذا [١٤٤ب/٦] القائل وهذا هو السنة لأن النبي ﷺ «أمر في خبر المصراة برد الشاة وقيمة اللبن التالف»[١] وهذا غلط مخالف لنص الشافعي في اختلاف العراقيين فإنه قال فيه: رجع بحصته من الثمن لأن هذا تلف في يده بالثمن فلا يضمنه بالقيمة وأما خبر المصراة فقد بينا أن ذلك التلف كان لاستعلام العيب فلا يمنع الرد.

فرع آخر

لو اختلفا في قيمة التالف فقال البائع: قيمته عشرة وقيمة الموجود خمسة لنخص التالف ثلثا الثمن، وقال المشتري قيمة الموجود عشرة وقيمة التالف خمسة فأما الموجود فيمكن تقويمه، وأما التالف فاختلف قوله فيه فقال في اختلاف العراقيين: القول قول البائع مع يمينه، لأن البائع ملك جميع الثمن فلا يزيل ملكه إلا عن مقدار يعترف به، وقال فيه: وفيه قول آخر: القول قول المشتري لأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة الغاصب والأول أصح وهو اختيار القاضي الطبري لأنه بمنزلة المشتري

---

(١) تقدم تخريجه.

والشفيع إذا اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري، وإن كان الشفيع غارماً [١٤٥أ/٦] لأنه يريد إزالة ملك المشتري عن الشقص الذي ملكه وكذلك هاهنا يزيل ملك البائع عن الثمن وكذلك لو أراد المشتري الرجوع بالأرش في القائم واتفقا أن العيب الذي به ينقص عشر قيمته فقال: ارجع بعشر ثلثي الثمن، وقال البائع: بل يرجع بعشر نصف الثمن فعلى القولين.

فرع آخر

إذا قلنا بالقول الذي ذكره أهل خراسان فأراد رد قيمة التالف مع الباقي أو أراد القائم وحده بحصته أو أراد أن يعرف قيمة القائم ليعرف كم يخصه من الثمن ويعرف به كم أرش النقص منه فاختلفا، فقال المشتري: قيمة التالف خمس مائة، وقال البائع: بل ألف واتفقا أن قيمة القائم ألف فبزعم المشتري أن عليه مع رد القائم رد ثلث الثمن، وقال البائع: بل نصف الثمن فالقول قول المشتري هاهنا قولاً واحداً لأنه غارم.

فرع آخر

قال القفال: قال الشافعي: لو ابتاع عبداً فأشرك فيه رجلاً فحط له من الثمن كان عليه أن يحط للشريك، قال القفال: وعندي التولية في [١٤٥ب/٦] ذلك كالاشتراك وصورة المسألة أن يشتري عبداً بألف درهم ثم قال لرجل: أشركتك في نصف هذا العبد فقال: قد قبلت صار نصف العبد ملكاً لهذا الشريك بنصف الثمن وكأنه قال: بعت منك نصف هذا العبد بخمس مائة والتولية أن تقول ولَّيتك هذا البيع بهذا الثمن فيقول: قبلت فإن لم يكن الثاني عاملاً بالثمن لا يجوز لأنه بيع جديد فلا يجوز بثمن مجهول، فإذا فعل ذلك فحط البائع الأول من الثمن شيئاً يلزمه أن يحط لشريكه وللمولى بيعه ذكره في «البويطي».

وقال الشافعي في موضع آخر: الإشراك بيع والتولية بيع والإقالة فسخ، فإذا اشترى عبداً فأشرك رجلاً في نصفه ثم وجد به عيباً فإن رد الشريك معه بالعيب فله الرد وإن لم يرد الشريك معه بالعيب ليس له الرد نص عليه في «البويطي» وهل له الرجوع بالأرش؟ قال ابن سريج: فيه قولان وأراد وجهان فقد جعل الشافعي الإشراك بيعاً ثم لم يجعله في حكم الحط كالبيع لأنه لو اشترى رجل من رجل عبداً فباعه من رجل فحط [١٤٦أ/٦] البائع الأول لم يلزم البائع الثاني أن يحط لمشتريه بمقدار ما حط له، والنكتة فيه: أنه إذا ملكه نصفه بلفظ الاشتراك أو كله بلفظ التولية فقد ملكه على حكم العقد السابق لا على حكم عقد مستأنف ولهذا يختص بالثمن الأول ولا يجوز بالزيادة والنقصان، فإذا حط من الأول لا بد من الحط عن الثاني، وإذا كان بلفظ البيع فقد ملكه بعقد مستأنف فلا يجب به اعتبار الثمن الأول

ويجوز أن يختلف الحكم في مثل هذا العقد باختلاف اللفظ، ألا ترى أنه لو قال: اشتريت عبدك بمائة ثم قال لرجل: بعته منك بربح ده يازده ثم بان أنه قد اشتراه بسبعين يحط عن المشتري قدر الكذب، ولو قال: اشتريت بمائة وبعته منك بمائة وعشرة فقال: قبلت ولم يكن بلفظ المرابحة ثم بان أنه كان اشتراه بتسعين لزم المشتري بما تعاقدا عليه ولا يحط شيئاً لأنه لم يتلفظ بالمرابحة وملكه بعقد مستأنف لا بحكم العقد السابق، فإن قيل: أليس قلتم يبتنى عقد المرابحة على العقد الأول كالتولية [١٤٦ب/٦] فهلا قلتم إنه إذا كذب فزاد في رأس المال في المرابحة لا يصح العقد كما في التولية وقد قلتم: يصح ويثبت الخيار؟ قيل: لا يبتنئ عليه أثناء التولية لأنه لو قال: اشتريت بمائة وقد بعت بربح دم يازده وبزيادة عشرة دراهم جاز وهذا زيادة في رأس المال وفي التولية لو زاد هكذا لم يجز كالإقالة لا يجوز بغير الثمن الأول.

فرع آخر

لو اشترى إبريقاً من فضةٍ وزنه مائة درهم بمائة درهم، فوجد به عيباً وحدث عنده عيب آخر قد بيّنا فيما قبل في نظير هذه المسألة لأنه لا يرجع بالأرش لأنه يؤدي إلى الربا فينفسخ العقد بينهما ويرد الثمن ويدفع قيمة الإبريق من الذهب لأنه لما تعذر رده جرى مجرى تلفه وهذا اختيار ابن سريج، ومن أصحابنا من قال: يفسخ العقد ويرد الإبريق وأرش ما نقص ويكون بمنزلة المأخود على طريق السوم إذا أحدث فيه نقص وهذا اختيار القاضي الطبري. وذكر الداركي وجهاً أنه: يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفصل في الرجوع بالأرش لا يعتبر بدليل أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا ولا يقال: [١٤٧أ/٦] لا يجوز لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن ولو تلف الإبريق يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ لأن الشافعي جوز الإقالة بعد التلف ويخالف هذا إذا كان المبيع من غير جنس الثمن الذي فيه الربا لأنه يمكنه أخذ الأرش هناك فلا ضرورة إلى فسخ العقد في التالف عنده وهاهنا ضرورة لأنه لا يمكن إسقاط حقه بغير عوض.

فرع آخر

لو أبرأه البائع بعد التفرق من بعض الثمن صح فإن رده المشتري بعيب رجع بتمام الثمن وفيه قول آخر: يرجع بما أدى بناء على الزوجة إذا أبرأت من الصداق ثم طلقها قبل الدخول هل يرجع عليها بالنصف؟ فيه قولان، ولو كان دفع إليه عرضاً بالألف ثم رد بالعيب يرجع بالألف بلا خلاف.

فرع آخر

لو كان هذا النقصان قبل التفرق كان فسخاً للبيع الأول واستئنافاً للبيع بتسع مائة على ظاهر المذهب فلو رده بالعيب رجع بتسع مائة لا غير لأنها جميع الثمن.

فرع آخر

لو قبض العبد المشتري وتلف [١٤٧ب/٦] عنده قبل التفرق ثم أُعْطي البائع بالثمن عرضاً لا يجوز لأنه يكون فسخاً واستئنافاً ولا يجوز هذا في هذا الموضع، وإن كان العبد باقياً يصير مبتدئاً للبيع بالعرض فلو رده بالعيب رجع بالعرض لأنه الثمن.

فرع آخر

إذا فعلا هكذا فما يقدَّم من قبض المشتري للعبد لا يجوز حتى يحدث له البائع قبضاً بعد تقدير العرض أو بعد النقصان إن كان نقص لأنه ارتفع الأول وابتدأ الثاني فافتقر إلى قبض بعده، ولم يصح فيه قبض حتى تلف العبد قبل إحداث قبض ثانٍ بطل البيع لتلف المبيع قبل القبض ويكون مضموناً على المشتري بالقيمة دون الثمن لأن بطلان البيع أسقط عنه الثمن ولزمته القيمة، لأنه قد كان في قبضه تعوّض، وعلى ما ذكرنا لو كان المشتري باعه بعد القبض قبل التفرق لا يصح النقصان ولا أخذ العوض لأن فسخ البيع بعده لا يجوز.

فرع آخر

لو اشترى عصيراً حلواً وكان معيباً فلم يعلم المشتري حتى صار خمراً يرجع بالأرش وليس [١٤٨أ/٦] له رد الخمر سواء رضي البائع بقولها أم لا، فلو صار خلاً فقال البائع: أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كان له لأن الخل عين العصير وليس فيه معنى يمنع المعاوضة ولا للمشتري فيه عمل يخاف تفويته عليه.

فرع آخر

لو اشترى نصراني من نصراني خمراً ثم أسلما فوجد المشتري بالخمر عيباً ينقص العشر من ثمنها، قال ابن سريج يرجع على البائع بأرشه وهو عشر الثمن ولا يبطل ذلك بإسلامهما وبه قال محمد: فإن قال البائع: أنا آخذ الخمر وأرد الثمن ليس له ذلك فإن لم يرجع المشتري بنقصان العيب حتى صار الخمر خلاً في يد المشتري فقال البائع: أنا آخذ الخل وأرد الثمن كان له.

فرع آخر

لو كان المشتري وقف على عيب الخمر قبل إسلامهما فلم يردها حتى أسلما لم يكن له الرد بعد إسلامه ولا الرجوع بالأرش، أما الرد فلحدوث الإسلام، وأما الأرش فلأن إمكان الرد قبل الإسلام، ولو أسلم البائع وحده لم يجز [١٤٨ب/٦] أشرطها غزيرة اللبن[١] وكما يرد الغلام إذا وجده غير كاتب وقد اشترطه في العقد كاتباً وعلى هذا إذا ظن أنها جعدة فمجرد الظن لا يوجب الخيار، كما لو ظن العبد كاتباً فلم يكن، لا خيار ولو كان قد زور يثبت الخيار وإن لم يشترط قال في «الحاوي»: وهذا أصح.

فرع

لو رأى شعرها سبطاً وكان قد سبط بالحيلة ثم تجعد من بعد هل له الخيار؟ وجهان أحدهما: لا خيار لأن الجعودة خير، والثاني: له الخيار لأن الأغراض تختلف في ذلك والأول أصح.

فرع آخر

إذا قلنا: لا خيار في هذه المسألة السابقة فشرط أن تكون سبطة فخرجت جعدة، قال بعض أصحابنا بخراسان ثبت الخيار وجهاً واحداً لأنه صرح بأن مقصوده السبوطة وأخلف الشرط وقيل فيه وجهان أيضاً.

فرع آخر

لو اشترى جارية مطلقاً فوجدها ثيباً أو بكراً لا خيار لأنه لا ظاهر لهذا يستدل به عليه ومن أصحابنا من قال: إن كان مثلها يكون بكراً في العادة فوجدها ثيباً [١٤٩أ/٦] له الخيار لأنه وجدها على خلاف المعهود وهذا أصح عندي فإن كان الشراء بالشرط فإن شرط أنها بكر فكانت ثيباً فله الخيار، وإن شرط ثيباً فبانت بكراً فالمذهب أنه لا خيار له لأن البكارة زيادة في قيمتها، ومن أصحابنا من قال: له الخيار لأنه ربَّما يكون شيخاً ضعيفاً يقدر على الثيب دون البكر ولا يؤمن من الاقتصاص التلف من نزف الدم وانقطاع العرق وهذا غلط لأن الخيار ثبت للنقص في العين أو القيمة ولم يوجد هاهنا.

---

(١) هكذا العبارة في الأصل فليحرر.

فرع آخر

لو اشترى عبداً أو جارية مطلقاً يعتقد إسلامه فبان الكفر أو يعتقد الكفر فيه فبان الإسلام فلا خيار لأن ظاهر الحال لا يدل على الكفر والإسلام كالبكارة والثيابة سواء، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا بان كافراً يثبت الخيار لأن الكفر نقص، قال اللّه تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] وهذا غلط، قياساً على ما وجده فاسقاً لا خيار بالإجماع وهذا إذا وجده كتابياً فإن وجده مرتداً أو وثنياً له الخيار لأنه لا يقر عليه ذكره أصحابنا.

فرع آخر

لو اشتراه على أنه [١٤٩ب/ ٦] مجوسي فبان يهودياً يثبت الخيار وقيل: إن كان لا ينتقص قيمته في العادة لا خيار، وإن كان ينتقص بأن كان الغالب المجوس في تلك الناحية يثبت الخيار.

فرع آخر

لو شرط الإسلام فبان كافراً فله الخيار بلا خلاف، وإن شرط الكفر فبان الإسلام له الخيار أيضاً لأن للتجار غرضاً في كفره لأن أهل الذمة يزيدون في ثمنه، وقال أبو حنيفة: لا خيار له وهو اختيار المزني لأن المسلم أفضل من الكافر وهذا غلط، لأن الإسلام فضيلة في الدين، ولكن الأغراض تختلف بالكفر والإسلام وتختلف المالية على ما ذكرنا وقيل: في المسألة وجهان وهذا غلط لأنه قيل: إن كان في ناحية الغالب أهل الذمة ويرغبون في الكافر يثبت الخيار وإلا فلا.

فرع آخر

لو اشترى على أنه فاسق فإذا هو عدل فلا خيار بلا خلاف لأنه يصلح لكل أحد، ولو اشترى على أنه عدل فإذا هو فاسق له الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فكان غليظ الكلام أو ثقيل النفس أو بطيء الحركة أو قليل [١٥٠أ/ ٦] الأدب لا خيار له ولو كان به بَلَهٌ أو خَبَل أو مَوَّتة أو سارق أو آبق أو ساحر أو نمام أو به نفخة طحال أو كان يشرب الخمر، قال القاضي: ويسكر أو يقذف المحصنات أو يدع الصلوات أو أَرتّ لا يفهم أو في فمه سن زائدة أو مقلوعة، يثبت الرد بالعيب والأصل فيه

أن كلما ينقص قيمته عينه أو قيمته أو سمعته يثبت الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً مطلقاً فبان فحلاً لا خيار، وكذلك إن كان عنيناً وإن بان خصياً فله الخيار، وإن كان يزيد قيمة الخصي على قيمة الفحل لنقصان العين، وإن كان بالشرط شرط الفحولة فبان خَصِيّاً فله الخيار وإن شرط خصياً فبان فحلاً فله الخيار أيضاً.

فرع آخر

لو وجده خنثى فله الخيار سواء كان مشكلاً أو ظهر حاله لأنه خلاف المعهود، ذكره أصحابنا.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فوجده زانياً يثبت له الخيار، وقال أبو حنيفة: لا خيار له ووافقنا في الجارية أنها ترد بعيب الزنا فيقول: هذا ينقص من قيمته لأنه يعرضه [١٥٠ب/٦] لإقامة الحد ومنه النقصان فوجب أن يثبت الخيار.

فرع آخر

لو وجده يبول في الفراش يثبت به الخيار، وقال أبو حنيفة: لا خيار له ووافقنا في الجارية إذا كانت تبول في الفراش يثبت الخيار، واعتذر بأن في الجارية يفسد عليه فراشه وفي الغلام لا يوجد ذلك فيقول في الغلام يفسد الثياب التي ينام فيها فيكون نقصاً.

فرع آخر

لو كانت طفلة مثلها تبول في الفراش لا خيار، وكذلك في الغلام الطفل.

فرع آخر

لو وجده كثير الأكل أو قليل الأكل لا خيار لأنه لا تتغير به الرغبات غالباً ولا يظهر أثره في عمله، ولهذا لا ينخفض عنه عند الشراء.

فرع آخر

لو وجد الدابة قليلة الأكل له الخيار لأنه ينقص عمله إن كان عاملاً ولا يزيد لحمه إن كان مأكولاً ولا يسمن.

فرع آخر

لو اشترى جارية للوطء فوجدها بَخَراً كان ذلك عيباً هكذا ذكره القاضي أبو حامد، ولم يذكر نحو الغلام ولكن قال سائر أصحابنا: يثبت فيه الخيار أيضاً لأن ذلك [١٥١أ/٦] ينقص من ثمنه وكذلك لو وجد به صِناناً، وقال أبو حنيفة: هذان يكونان عيباً في الجارية دون الغلام لأنهما يؤذيانه في الفراش بخلاف الغلام فنقول البَخَر في الغلام أيضاً يؤذيه عند المخاطبة والمسارة.

فرع آخر

لو وجده يتمكن من نفسه باللواط كان عيباً يثبت به الخيار، وقال أبو حنيفة: هو عيب في الكبير دون الصغير لأن الكبير يفعله طبعاً والصغير يفعله غباوة وجهلاً اختداعاً بالمال ونحو ذلك وهذا غلط، لأنه ينقص القيمة فيهما.

فرع آخر

لو وجدها رتقاء أو قرناء يثبت الخيار لأنه عيب، ولو وجدها يتأخر حيضها فله الخيار نص عليه الشافعي في «البويطي»، قال أصحابنا: أراد إذا كان لعلوق السن فيكون غالب الظن الإياس منه.

فرع آخر

لو وجدها مغنية لا خيار وكذلك في العبد، وقال مالك في الجارية: يثبت الخيار لأن ذلك يخلقها ويدل على قلة صيانتها وهذا غلط، لأنه صنعة يزيد في ثمنها والمبتغى من الرقيق يوفر الأثمان فإن كره ذلك أمكنه أن يمنعها [١٥١ب/٦] وإنما يحرم استعماله دون معرفته، وأصحاب مالك ينكرون هذا عن مالك.

فرع آخر

لو وجدها متزوجة يثبت الخيار لأنه ينقص قيمتها، وكذلك لو وجد العبد متزوجاً يثبت الخيار لأن عليه غرم النفقة والمهر.

فرع آخر

لو وجدها معتدة يثبت الخيار أيضاً لأنها لا تحل لأحد ولو وجدها محرمة يثبت الخيار أيضاً، ولو وجدها أخته من الرضاع لا يثبت الخيار لأنها تحل لغيره بخلاف المعتدة

والمحرمة، وكذلك لو وجدها قد وطئها أبوه لا خيار وقيل فيه وجه: له الخيار وهو ضعيف، ولو وجدها صائمة لا خيار عن الخروج عن الصوم قريب.

فرع آخر

لو وجده والداً أو ولداً عتق عليه ولا رد ولا أرش لأنه لمعنى في العاقد فلا يكون عيباً.

فرع آخر

لو كان في ذمته دين المعاملة عن قرض أو خسران تجارة لا خيار لأنه ضرر عليه فيه، وقال أبو حنيفة: له الخيار وهذا غلط، لأنه يلزم أداء ذلك بعد العتق ولا يستضر به سيده ما دام مملوكاً له، ولو كان المال في رقبته ثبت الخيار. [١٥٢أ/٦]

فرع آخر

لو أرسل عليه زنبوراً حتى انتفخ فظن المشتري أنه سمين ثم بان يثبت الخيار.

فرع آخر

لو اشترى جاريةً فبانت غير مختونة لا خيار لأن ذلك سليم فيها، وإن بان الغلام غير مختون نُظر فإن كان له سبع فما دون لا خيار وإن كان كبيراً في خِتانه مشقة يثبت الخيار لأنه يخاف عليه منه، ومن أصحابنا من قال: إن كان الكبير من سيء الوقت من وقت لا يختتنون لا خيار لأنه ما خالف المعهود. وقيل في الجارية وجهان والصحيح: أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيها أصبع زائدة يثبت الخيار ولا يستحق قطعها فلأن يثبت هاهنا ويستحق إزالة هذه الجلدة أولى.

فرع آخر

لو شرط أنه أقلف فبان مختوناً قال بعض أصحابنا: إن كان فيه غرض له الخيار بأن كان الغلام مجوسياً وعلم أن المجوس يرغبون فيه، وإن كان بخلافه لا خيار.

فرع آخر

لو ختنه ثم وجد به عيباً قديماً فالختان لا يمنع الرد لأنه زيادة.

فرع آخر

لو وجدها أبيض الشعر فإن كانت [١٥٢ب/٦]كبيرةً يَبْيضُّ شعر مثلها لا خيار لأنه ما خالف المعهود وإلا يثبت الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فكان يبول في نومه قد ذكرنا أن له الرد فلو لم يعلم حتى كبر العبد لم يكن له الرد ويرجع بالأرش لأنه علاجه بعد الكبر عسير فصار كبره عنده كالعيب الحادث في يده.

فرع آخر

لو أبق في يد المشتري ليس له مخاصمة البائع ما دام آبقاً، وقال مالك: له مخاصمته إذا عرف أنه كان آبقاً وهذا غلط لأنه يحتمل بقاه فيستحق الرد واسترجاع الثمن ويحتمل تلفه فيستحق الأرش وما جهل استحقاقه لا تصح المطالبة به.

فرع آخر

لو أبق قبل القبض فقال البائع للمشتري: لا يفسخ البيع فإني أتيك به لا خيار له.

فرع آخر

لو اشترى عبداً صح أنه بيع في جنايةٍ جناها فإن كانت خطأً، فإن كانت تكررت منه كثيراً فهو عيب يوجب الرد وإن كانت مرةً واحدةً لا يكون عيباً لأنه لا يخلو أحد منه في الغالب، وإن كان عمداً فإن لم يكن تاب العبد منها [١٥٣أ/٦] كان عيباً، له الرد وإن تاب فهل يكون عيباً يوجب الرد؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يكون عيباً لأن التوبة رفعت الإثم دون النقص.

فرع آخر

لو اشترى جاريةً أو عبداً فوجده ولد الزنا لا خيار لأن النسب الصحيح غير مقصود في العبيد والإماء. لو علم أن البائع للدار أو العبد وكيل أو أمين حاكم أو وصي ميت أو أب لابنه الصغير هل يرد بهذه الأسباب؟ وجهان، أحدهما: لا يرد لجواز تنوعهم وصحة عقولهم، والثاني: يرد لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك ذكره في «الحاوي»

وقيل: إن لم يكن الولي بقه طاهراً له الخيار[١].

فرع آخر

لو اشترى جارية فزوجها من رجل فقال الزوج لها: إن ردّك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق وكان قبل الدخول ثم وجد بها عيباً فأراد ردها على البائع.

قال والدي: الأظهر عندي أنه له الرد لأنه لا ضرر في قبولها معيبة لأن الفرقة بينها وبين زوجها عقيب الرد بلا فصل ولا يخلف النكاح عدة ويحتمل أن يقال ليس له [١٥٣ب/٦] الرد لأن العيب الحادث موجود عند الرد فمنع الرد ولأن الزوج قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح، والعدة عيب ويستضر بها البائع فلا يتيقن زوال العيب من جميع الوجوه عند وقوع الرد، وهكذا لو اشترى جاريةً مزوجةً من غير علم بالتزويج ثم قال الزوج لها: أنت طالق إذا برئ المشتري من الثمن وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالتزويج هل له الخيار؟ يحتمل أن يقال: له الخيار لأن العيب موجود في الحال وزواله مظنون لجواز أن يموت الزوج قبل أن يراه المشتري من الثمن فيلزمها عدة الوفاة فلا يجوز إسقاط الرد بأمر معلوم في الحال لزوال في الثاني غير معلوم، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لأنه لا ضرر على المشتري في ذلك لأن عدة الوفاة إن وجبت يثبت الخيار بها لأنها عيب حادث في يد البائع لم يقع الرضا به ولا يمكن أن يقال مثله فيما قدمناه لأن البائع لا يثبت له الرد بعد القبض لإيجاب عدة الوفاة فيؤدي إيجاب القبول هناك إلى إلحاق الضرر [١٥٤أ/٦] به فلم يوجبه على ما ذكرنا في الوجه الثاني.

فرع آخر

لو اشترى دابة فوجدها جموحاً لا تنقاد للركوب فإن كان لا يمكن إلا بشد قوائمها أو باجتماع الناس عليها كان عيباً وإلا فلا.

فرع آخر

لو اشترى أرضاً على ظن أن لا خراج عليها فبان الخراج قدر العادة لا خيار لأنه وافق المعهود والظن إذا لم يعتمد أصلاً لا حكم له وإن وجدها مثقلة بالخراج فله الخيار.

فرع آخر

(١) هكذا العبارة في الأصل وانظر «الحاوي» (٥/٢٥٣).

لو وجدها مألف الخنازير وتفسد زرعها فيه وجهان، أحدهما: لا خيار لأن الضر ليس لنقص في المعقود عليه، والثاني: يثبت الخيار لأنه ينقص القيمة.

فرع آخر

لو وجد الدار برسم النزول أو في جوار القصارين يدقون الثياب ويتأذون بصوت الدق وتحرك الحيطان فيه وجهان أيضاً على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو باع عشرين صاعاً من ماء في بئرٍ فاستسقى منها تسعة عشر صاعاً فلما أخرج الصاع الأخير [١٥٤ب/٦] وجد فيه فأرة ميتة ولم يتغير الماء بها فأريق هذا النجس وقال البائع أسلم الصاع الباقي من باقي الماء لأنه كبير لم يتغير بالنجاسة ورام المشتري فسخ البيع كان له الفسخ لأن هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعافه النفس فيصير كَعَيبٍ أصابه بما اشتراه نص عليه الشافعي.

فرع آخر

قال أصحابنا على قياس هذه المسألة المنصوصة لو اشترى ماء ثم تبين أنه مشمس هل له الرد؟ يحتمل وجهين: أحدهما: ليس له الرد وإن كانت النفس تعافه لأنه غير مسلوب المنفعة في قول العلماء أجمع فإن الطهارة به جائزة بكل حالٍ والكراهة كراهة تنزيه لا تحريم، والثاني: وهو الأظهر عندي له الرد لأنه ينقص ثمنه بقلة الرغبات فيه.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بالعراق: لو اشترى داراً فأظهر رجل قباله بالوقفية علم أنها على الأصل وليست هي مزورة كان ذلك عيباً في المبيع له ردها لأنه يؤدي إلى النقص في الثمن وهو اختيار مشايخ طبرستان وكذلك لو ادعى مدع يعول على دعواه فادعى وقفيتها [١٥٥أ/٦] يحتمل أن يقال: ذلك عيب وهذا إذا سبقت الدعوى البيع أو كان بعد البيع قبل القبض.

فرع آخر

لو باع داراً على أن يكون له أو لآخر ممر رجل في دهليزها أو مسيل ما صح وهو يبرأ من عيب ليقطع خياره إذا عرفه.

فرع آخر

إذا باع الطاهر من الأواني، بالتحري لزمه تعريف المشتري فإن لم يعرفه هل له الخيار؟ وجهان.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فقبل القبض جاء ابن المشتري وقطع يده فثبت الخيار للمشتري ثم مات قبل الاختيار والتمكن منه وانتقل الإرث إلى الابن القاطع هل له الخيار فحق الإرث يحتمل أن يقال: له الخيار لأنه يستفيد هذا الخيار بنفسه بل عن المورث فاعتبر حاله، ألا ترى أن الابن لو رضي بالعيب حال حياة الأب ثم مات الأب كان له الخيار ولا يعمل رضاء المتقدم في ذلك؟! كذلك هاهنا فإذا صح هذا فإن اختار إجازة البيع لم يغرم شيئاً للقطع لأنه يستحيل أن يجب له الحق على نفسه، وإن اختار الفسخ كان عليه نصف القيمة في [١٥٥ب/٦] إحدى اليدين وتمامها في اليدين ويسترجع الثمن إن كان قد قبضه من المورث وفيه قول آخر أنه يغرم نقصان القيمة إلحاقاً للمماليك بالأموال في هذا الباب والأول أظهر.

فرع آخر

إذا اشترى عبداً ثم وجد به عيباً فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده كان له الرد على البائع في أحد الوجهين وهو الأظهر عندي، والوجه الثاني: لا يرد لأنه حدث عيب آخر في يد المشتري.

فرع آخر

إذا باع عبداً قيمته مائة وسلمه إلى المشتري والقيمة بحالها ثم تقايلا فوجد البائع بالعبد عيباً حادثاً عند المشتري هل له الفسخ لإقالة تحتمل؟ وجهين، فإن قلنا: الإقالة بيع له الفسخ وهذا اختيار القاضي الطبري وهذا لأن هذا العيب كان في ضمان المشتري ولم يذكر وجهاً آخر، وإن قلنا: الإقالة فسخ ليس له الفسخ وهذا أصح وعلى هذا الوجه له الرجوع بنقصان العيب والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما.

مسألة: قال: وإنْ كانَ باعها أو بعضَها [١٥٦أ/٦] ثم علمَ بالعيبِ لم يكنْ لهُ أن يرجعَ بشيءٍ[١].

---

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/ ٢٥٥).

إذا اشترى سلعة ثم باعها ثم أصاب بها عيباً يعلم أنه كان بها قبل ابتياعها لا يخلو إما أن يبيعها بعد العلم بالعيب أو قبله فإن باعها بعد العلم بالعيب سقط حكم الرد لأنه أخر الرد مع الإمكان وهو يثبت على الفور ثم ينظر في المشتري الثاني فإن ردها على بائعه بالأرش وليس للبائع أن يرجع على بائعه لأنه كان أسقط حقه من العيب بالكلية بالبيع مع العلم، وإن باعها قبل العلم بالعيب ثم علم فقد تعذر رده ولا يرجع على البائع بالأرش لأنه لم ييئس من الرد لجواز أن يرد المشتري الثاني عليه بذلك العيب فيرد على بائعه، وإذا أمكن رد العين لم يجز له الرجوع بالأرش. وقال أبو إسحاق: العلة فيه أنه استدرك الظلامة ببيعه بثمن مثله فلا يجوز له الرجوع بأرش العيب والأول أصح وهو اختيار أبي حامدٍ والقاضي الطبري وهو في الحقيقة لم يستدرك الظلامة بل غبن المشتري في البيع ولأنه لم يحصل له استدراك الظلامة من جهة [١٥٦ب/٦] من ظلمه فلا يسقط حقه به. وقال عبيد اللّه العنبري وابن أبي ليلى: إذا باعه ثم علم بالعيب يرجع بالأرش في الحال وهذا غلط لما ذكرنا. وقال أصحاب مالك: الصحيح من مذهب مالك أنه يرجع مثل قول ابن أبي ليلى وهو غريب. وحكي عن ابن سريج أنه قال: يرجع بالأرش في الحال ثم إذا عاد البيع إليه رده على بائعه واسترجع الثمن إلا قدر ذلك الأرش وهو غريب فإذا ثبت هذا فإنه يُنظر فإن رد المشتري الثاني على البائع الثاني رد البائع الثاني على البائع الأول، وإن كان قد حدث عند المشتري الثاني عيب فرجع بالأرش على البائع الأول بالأرش على التعليلين جميعاً. هكذا ذكره أهل العراق وهو المذهب.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يرجع بالأرش لأن للبائع الأول أن يقول له كان يمكنك أن تسترده بالعيبين فحيث دفعت الأرش صرت متبرعاً بذلك [١٥٧أ/٦] وهو اختيار ابن الحداد وهذا غلط لأنه لو استرده مع العيبين ربما لا يرضى به البائع الأول فيلزمه معيباً ويستضر به.

فرع

لو عاد إليه بوجه آخر من هبة أو ميراث ولم يرد عليه ولا حدث عنده عيب آخر فهل له أن يرده على البائع الأول؟ وجهان بناء على اختلاف التعليلين فعلى التعليل الأول: له الرد لأنه يمكنه الرد الآن وييئس من الرد وهو المذهب، وعلى التعليل الثاني: ليس له الرد لأنه استدرك ما لحقه من الظلامة وحين عاد إليه عاد بلا عوض.

فرع آخر

لو اشترى عبدين فباع أحدهما ثم علم بالعيب فإن كان العيب في الذي باعه ليس له

الرجوع بالأرش لأنه استدرك الظلامة ولم ييئس من الرد وإن كان العيب في الذي في يده، وقلنا: لا نفرق الصفقة ليس له الرد أيضاً ولا يرجع بالأرش أيضاً لأنه لم ييئس من رد الجملة، وإن قلنا تفرق الصفقة كان له رده.

فرع آخر

لو هلك عند المشتري الثاني أو أعتقه أو وقفه فهل يرجع المشتري الأول [١٥٧ب/٦] بالأرش على بائعه؟ فإن قلنا بالتعليل الأول يرجع لأنه آيس من الرد، وإن قلنا بالتعليل الثاني لا يرجع لأنه استدرك الظلامة فإن رجع المشتري الثاني عليه بالأرش هاهنا له أن يرجع بالأرش على بائعه الأول بلا خلاف.

فرع آخر

إذا اشترى عبداً ثم أعتقه أو وقفه أو قتله أو مات في يده أو كان طعاماً فأكله ثم علم به عيباً له الرجوع بالأرش وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: إذا قتله أو أكله لا يرجع بالأرش لأنه أزال ملكه عنه بفعل مضمون كما لو باعه وهذا غلط لأنه عيب لم يرض به وحده بعد الإياس من الرد فكان له الرجوع بالأرش كما لو أعتقه وأما ما ذكره لا يصح لأن بالبيع لا يجب الضمان وإنما يجب الضمان بالتسليم ولأن في البيع لم ييئس من الرد.

فرع آخر

لو وهب ثم علم به عيباً فإن قلنا: الهبة تقتضي الثواب لا أرش للعلتين كما قلنا في البيع، وإن قلنا: لا تقتضي الثواب قال بعض أصحابنا: لا يرجع بالأرش لأن ملكه زال بالهبة ولم ييئس من الرد ووافقنا فيه [١٥٨أ/٦] أبو إسحاق، وهذا يدل على بطلان علته لأنه لم يستدرك الظلامة هاهنا. فإن عاد إلى الأول بأي جهة عادلةٍ رده على بائعه وجهاً واحداً لأنه لم يستدرك الظلامة وقدر على الرد. ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا لا تقتضي الثواب فيه وجهان، أحدهما: له الأرش لأنه لم يستدرك الظلامة بالعوض، والثاني: ما ذكرنا ذكره في «الحاوي» وغيره. وكذلك لو وَهَبه أو أَجّره ثم علم فيه وجهان بناء علي هذين التعليلين.

فرع آخر

لو زوجها أو كان عبداً فزوجه أو كاتبه فيه وجهان، أحدهما: لا يرجع بالأرش لأنه لم ييئس من الرد، والثاني: يرجع بالأرش لأن النكاح يراد التأبيد.

فرع آخر

لو أبق العبد من يده ثم علم به عيباً لا يمكنه الرد لخروجه من قبضه وليس له أخذ الأرش بلا خلاف بين أصحابنا للتعليل الأول وهذا يدل على فساد علة أبي إسحاق، وقيل: فيه وجه له الأرش لأنه تعذر الرد من غير استدراك الظلامة وهذا غريب بعيد وهذا إذا كان [١٥٨ب/٦] العبد معروفاً بالإباق. فأما إذا أبق عند المشتري ولم يكن منه إباق قط فهذا حدوث عيب به لم يكن عند البائع فيرجع بالأرش ولكن للبائع أن يقول: أنا أرضى برده مع العيب الحادث فلا يكون للمشتري المطالبة بالأرش الآن ولو عرف به عيب الإباق فقد بينا أنه لا يطالب في الحال بشيء فإن هلك الآبق في الإباق رجع المشتري على البائع بالأرش قولاً واحداً فيقوم آبقاً وغير آبق.

فرع آخر

لو علم المشتري الثاني بالعيب فرضي به سقط رده وأرشه، ولا يرجع المشتري الأول على بائعه لعدم العلتين.

فرع آخر

لو باعه المشتري من بائعه فقد صار المشتري الثاني البائع الأول وفيه المسائل الثلاث فإن علم الثاني بالعيب وما كان علم به قبل هذا رده على المشتري الأول والأول يرده على بائعه وفائدته اختلاف الأثمان. ومن أصحابنا من قال: ليس له الرد لأنه لو رده لرده عليه. قال أصحابنا: وينبغي أن يقال إذا رضي المشتري بالعيب ثم علم به فأمسكه إن لهذا البائع الأول الرد عليه لأنه إذا [١٥٩أ/٦] ردّه إليه لم يكن له أن يرده إليه.

والثانية: علم الثاني بالعيب وقد حدث عنده نقص يرجع بالأرش على المشتري الأول والأول يرجع على بائعه ولكن كل واحدٍ منهما يرجع بأرش العيب بالحصة من الثمن الذي اشتراه به.

والثالثة: علم الثاني بالعيب ورضي به ليس للأول أن يرجع بأرش العيب لأنه قد استدرك الظلامة ولم ييئس من الرد وإن هلك عند المشتري الثاني أو أعتقه فهل يرجع المشتري الأول على بائعه بالأرش؟ على ما مضى من الوجهين.

فرع آخر

لو باعه من آخر ثم اشتراه مرة أخرى ثم وجد به عيباً، فعلى من يرد؟ قال القفال: فيه

وجهان: أحدهما: يرد على من اشترى منه ثانياً إن رده هو عليه مرة أخرى فحينئذ يرده على الأول وإنما يفعل هكذا لأن الثاني ربما يرضى فلا يرد وهو الصحيح، والثاني: يرده على من اشترى منه أولاً ولو اشتراه مرة أخرى بعد العلم بالعيب القديم فلا شيء له على الأول لأنه يقول: اشتريته عالماً بعيبه بعد ما كنت تحصلت منه فقد [١٥٩ب/٦] رضيت بعيبه وهذا أبلغ من أن يعرف العيب ويؤخر الرد مع الإمكان في معنى الرضا بالعيب وسائر أصحابنا لم يفصل هذا التفصيل وأطلق أنه إذا عاد إليه بشراء هل يرد على البائع الأول وجهان: أحدهما: لا يرد لأنه هو الذي أدخل الغبن على نفسه والتزمه بالشراء ثانياً والصحيح ما ذكرنا.

فرع آخر

لو وجد البائع بالثمن عيباً بعد ما زال ملك المشتري عن المبيع وعاد إليه هل له أن يسترد الثمن ويسترد العين، كما لم يزل ملك المشتري عن العين أو يطالبه بمثل المبيع إن كان له مثل أو بقيمته وإن لم يكن له مثل عند رد الثمن؟ وجهان معروفان: أحدهما: يطالبه بالعين لأن العين موجودة فلا معنى لقيمتها، والثاني: هذا ملك جديد فيجعل كأنه لم يعد إليه فيرجع بقيمته، وهو كالوجهين فيما لو أفلس المشتري بالثمن بعد ما زال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع أن يرجع في عين ماله أم لا؟ وهكذا الصداق إذا أخرج عن ملك المرأة ثم عاد ثم طلقها قبل الدخول هل يرجع في نصف عينه أو نصف قيمته؟ وجهان. [١٦٠أ/٦]

فرع آخر

لو لقي المشتري البائع فأقبل على محادثته ثم أراد الرد، ليس له لأن أخذه في الكلام مع إمساكه عن الرد إسقاط لحقه منه.

فرع آخر

لو سلم عليه ثم رده جاز والسلام لا يمنع الرد لجريان العرف أدباً وشرعاً به، ولأن السلام قريب لا يطول به الزمان. وحكي عن محمد أنه قال بطل به الرد لأنه اشتغل بغير الرد كما لو اشتغل بالكلام.

فرع آخر

إذا ابتاع شيئاً بألف فتطوع أجنبي عنه بوزن الألف ثم خرج المبيع مستحقاً رد الألف على الأجنبي، وإن كان المشتري رد المبيع بعيب رد الألف على المشتري دون الأجنبي في

أصح الوجهين كما لو وزن أجنبي صداق زوجة ثم طلقها زوجها على من يرد الصداق فيه خلاف.

فرع آخر

لو قال للجارية المبيعة بعد العلم بعيبها: أغلقي الباب أو ناوليني الثوب لا يمنع الرد لأنه استعمال يسير والعرف جار بمثله في غير ملك.

فرع آخر

لو ركب الدابة ليردها فيه وجهان: [١٦٠ب/٦] أحدهما: لا يرد لأنه تصرف لم تجر به العادة في غير ملك إلا بإذن المالك، والثاني: وهو اختيار ابن سريج له الرد لأن الركوب أعجل له الرد وأصلح للدابة من القود، وقد قال الشافعي: إذا ركبها بطل الرد وأطلق، والمراد إذا ركبها استعمالاً لا للرد وبه قال أبو حنيفة.

فرع آخر

لو كان لابساً للثوب فوقف على عيبه في الطريق فتوجه ليرده مستديماً للبسه، جاز ولا يمنعه ذلك من الرد لقربه وإن العادة لم تجر في الطريق بنزعه ولو ابتدأ لبسه بعد العلم بطل الرد.

فرع آخر

لو زال العيب سقط الرد، وقيل: فيه قولان منصوصان.

مسألة: قالَ: وإنْ حَدثَ بهِ عيبٌ كانَ لهُ قيمةُ العيبِ الأولِ[١].

الفصل

إذا اشترى شيئاً فحدث عنده عيب به ثم بان أنه كان به عيب موجود عند البيع، يرجع بأرش العيب الأول ولا يرده قهراً لأنه انتقص عنده بالعيب الحادث. فإن قال البائع: أنا أرضى به مع العيبين [١٦١أ/٦] فلا يكون له سوى رده عليه ولا يكون له مطالبته بالأرش. فإن قال حينئذ: أنا رضيت به معيباً ولا أطالبه بالأرش، كان له ذلك وهو أحق به. وقال حماد وأبو ثور: المشتري يرد على البائع مع أرش العيب الذي حدث في يده، وقيل إن أبا

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/٢٥٧).

ثور حكاه عن الشافعي في القديم. وقال مالك وأحمد: هو بالخيار بين ما قال أبو ثور، وبين ما قلنا. وروي عن مالك أنه قال: إن كان البائع دلَّس على المشتري له الرد ويلزمه أرش العيب الحادث، وإن لم يكن دلس فكما قال أبو ثور، وهذا غلط لأنه لو كان العيب الحادث من جناية المشتري، لا يرد كذلك هاهنا ولأنه عيب حدث في ضمان أحد المتبايعين لا لاستعلام العيب. فأثبت الخيار للآخر، كما لو حدث عند البائع يثبت الخيار للمشتري. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو قال البائع: ردها ورد معها أرش العيب الحادث لا رد الثمن هل له ذلك؟ حتى إن امتنع المشتري من هذا بطل خياره في الرد وجهان: أحدهما: خياره باق ولا يلزمه أن يرد الأرش [١٦١ب/٦] مع المبيع، والثاني: يبطل خياره. وبنى الوجهين على أنه إذا اشترى جوزاً فكسره ثم عرف العيب، ثم عرف العيب. وقلنا يرده ولا يمنعه الكبير من الرد هل عليه أن يرد معه أرش الكبير؟ فإن قلنا يلزمه ذلك فهاهنا للبائع أن يطلب الأرش. وإن قلنا: ليس له ذلك فلا يطالبه بالأرش هاهنا، وهذا خلاف النص.

فرع آخر

لو أخذ المشتري الأرش ثم ارتفع العيب الحادث، هل له أن يرد المبيع مع الأرش الذي أخذ ويسترد كل الثمن؟ وجهان: أحدهما: ليس له ذلك لأنهما تراضيا على الأرش فسقط حق الرد، والثاني: لا يسقط حق الرد بل يرد لأنه أخذ الأرش ضرورة، إذا لم يكن له إلى الرد سبيل. ويقرب الوجهان من الوجهين، إذا أنعل دابة ثم وجد بها عيباً فردها مع النعل فذلك منه تمليك للبائع النعل وهو لنوع مصلحة، فإن قلنا تمليك فأخذ الأرش هاهنا رضى بالحكم القطعي، وإن قلنا ليس بتمليك حتى إذا سقط النعل كان له. فإذا ارتفع العيب هاهنا يصير أحق بالرد هكذا ذكره أصحابنا بخراسان.

وقال أصحابنا بالعراق: نص الشافعي في «البويطي» أنه [١٦٢أ/٦] إذا ارتفع العيب الحادث عنده له الرد. قال أصحابنا معناه: إذا ارتفع قبل أن يحكم له الأرش، فإن حكم له بالأرش وقبضه لم يكن له الرد، لأن الحكم قد استقر فلا ينتقض. وإن لم يكن أخذ الأرش فيه وجهان: أحدهما: لا يرد لأنه حكم له بالأرش، والثاني: يرد لأنه لم يستقر الحكم. وقيل: إن كان يرضى زواله فالمذهب أنه يلزمه رد الأرش، وإن كان لا يرجى زواله فاتفق زواله هل له استرداد الأرش وجهان، كما لو نبت السن بعد أخذ الأرش؟ هل يلزمه الأرش قولان وهذا أولى مما تقدم.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً فقطعه ثم وجد به عيباً لا يرد لحدوث العيب وله الأرش، إلا أن يقول

البائع: رضيت به مقطوعاً بلا خلاف. ولو صبغه ثم وجد به عيباً له الإمساك وأخذ الأرش. فإن قال البائع: رضيت أن آخذه وأرد قيمة الصبغ كان له ذلك، ويقال للمشتري: إما أن ترضى به من غير أرش أو ترده وتأخذ قيمة الصبغ. وليس له إمساكه أو أخذ الأرش، وقال أبو حنيفة: ليس للبائع أن يقول ذلك وللمشتري مطالبته بالأرش وإمساكه. [١٦٢ب/٦] وهذا غلط لأنه يمكنه استدراك الظلامة بالرد بالعيب فلا يستحق الأرش كما لو لم يكن صبغه.

فرع آخر

لو قطعه ثم باعه فليس له مطالبته بالأرش لأنه لم ييئس من الرد لأن المشتري الثاني ربما يرده بالعيب ويرضى البائع الأول باسترداده مقطوعاً فلا أرش له، وكذلك لو صبغه ثم باعه لأنه ربما يستردها البائع الأول مصبوغاً ويرد إليه قيمة الصبغ ووافقنا أبو حنيفة في الثوب المقطوع وخالفنا في المصبوغ، فقال له المطالبة بالأرش وبناه على أصله في المسألة الأولى للمشتري الامتناع من رده إليه مع أخذ قيمة الصبغ.

مسألة: قال: ولو اختلفا في العيبِ ومثلُهُ يحدثُ فالقولُ قولُ البائعِ.

إذا اشترى عبداً فأصابه به عيباً واتفقا على أنه كان به حين العقد أو بعد العقد قبل القبض كان له رده، وإن اختلفا فقال البائع: حدث بعد القبض فلا رد لك، وقال المشتري: كان به حال القبض فلي الرد فالأصل في هذا أن العيب على ثلاثة أضرب: منها ما لا يحدث مثله، ومنها ما لا يمكن حدوثه [١٦٣أ/٦] إلا بعد القبض، ومنها ما يحتمل الأمرين، فإن لم يمكن حدوثه بحالٍ كالأصبع الزائدة فالقول قول المشتري بلا يمين، وإن كان مما لا يمكن حدوثه إلا بعد القبض كالشجة الطرية والدم يجري والقبض منذ سنة فالقول قول البائع بلا يمين، وإن كان مما احتمل الأمرين كالجنون والبرص ونحو ذلك فالقول قول البائع لأن معه سلامة العقد والظاهر صحة العقد وانبرامه، فإذا تقرر هذا قال الشافعي: يحلف بالله لقد باعه بريئاً من العيب قال المزني هذا غلط ينبغي أن يحلف لقد أقبضه إياه وما به هذا العيب لأن العيب إذا حدث في يد البائع بعد عقد البيع كان مضموناً على البائع قلنا: قال صاحب «الإفصاح»: إن ادعى عليه أنه باعه وبه هذا العيب، وإن ادعى أنه سلمه إليه وبه هذا العيب حلفه على حسب الدعوى.

وقال القاضي أبو حامد: وإن ادعى العيب ولم يذكر أنه كان قبل البيع أو بعده وقبل القبض احتاط الحاكم فحلفه أنه أقبضه وما به هذا العيب، وإن أجاب البائع وقال لا يستحق بهذا العيب لأنه قد يشتريه وهو عالم [١٦٣ب/٦] أنه يبرئه فيه أو يفرط في رده ولا يمكنه أن يظهر ذلك لأنه لو أظهر صار القول قول المشتري أني ما علمت وما رضيت فيتصور به

البائع ولا يمكنه أن يحلف أنه لم يكن به هذا العيب عنده لأنه يكون كاذباً فيه فحلفناه على ما ذكرنا، وإن أجاب وقال: لقد بعته بريئاً من هذا العيب وكان دعواه بعته مني معيباً فإن حلّفه على هذا جاز، وهل للحاكم أن يعدل عما أجاب فيحلفه أنه لا يستحق رده عليه؟ فبه وجهان:

أحدهما: أنه لا يحلفه إلا على ما أجاب وهذا ظاهر المذهب، واختاره القفال، والثاني: يحلّفه على أنه لا يستحق رده عليه لأنه أحوط وللحاكم أن يحتاط فيما يحلف عليه وهذا اختيار القاضي الطبري، وإذا قلنا بالوجه الأول قال القفال: فهل للبائع أن يعدل عن هذا الجواب ويحلف أنه لا يستحق الرد عليَّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يعدل لأنا كنا نرضى منه في الابتداء بهذا القدر من الإنكار، والثاني: ليس له ذلك بعد ما أجاب على وفق الدعوى وعليه أن يحلف على ذاك وتصير هذه المسألة إذا ادعى عليه أنه غصبه هذه الدار فقال: لا يستحق عليَّ [١٦٤أ/٦] شيئاً يكون جواباً صحيحاً ويحلف على ما أجاب، ولو قال ما غصبتها فهل يحلّفه الحاكم على هذا أو على أنه لا يستحق عليه شيئاً؟ فيه وجهان على ما ذكرنا، وإن حلفه على ذلك أجزأه، وإن أراد أن يعدل هو فيحلف على نفي الاستحقاق وجهان، وهكذا لو قال: بعت عبدك هذا مني بألف وقبضت الثمن وعليك تسليمه إليَّ فإن قال ما بعته ولا قبضت الثمن فهذا إنكار على وفق الدعوى فيحلف هكذا ولا يحتاج أن يقول: لا يلزمني تسليمه إليك إذ المدَّعي يدَّعي وجوب التسليم من هذا الوجه وقد بقي هذا الوجه فإن كان التسليم واجباً من وجه آخر فليدع ذلك وإن أعرض عن دعواه، وقال: لا يلزمني تسليمه إليك فهذا إنكار لا على وفق الدعوى ولكن يرضى منه بهذا القدر لأنه قد يبيع ثم يتقابلان أو يشتريه ثانياً فيحلف على وقف إنكاره، وكان إنكاره القسم الأول وهو أن قال: ما بعت ثم أراد أن لا يحلف لنفي البيع بل يحلف لنفي وجوب التسليم فيه وجهان.

وفي الجملة لا يلقى المدعي الدعوى فإذا تقرر هذا كيف يحلف البائع على العلم أو على [١٦٤ب/٦] البت فهاهنا أصل وهو أن الرجل إذا حلف على فعل نفسه حلف على البتِّ والقطع نفياً كان أو إثباتاً وإن حلف على فعل غيره فإن كان على الإثبات حلف على البت مثل إذا ادّعى ديناً لوالده على رجل أو أقام شاهداً واحداً فحلف معه على البت، وإن كان على النفي حلف على العلم مثل إذا ادعى أنه غصبني هذا العبد في حياته فيحلف وارثه على العلم لا أعلم ذلك وهاهنا البائع يحلف على فعل نفسه فيلزمه البت فيحلف بأني بعتك وما به هذا العيب، وقال ابن أبي ليلى: يحلف على نفي العلم لأنه ربما يكون به هذا العيب وهو لا يدري وهذا غلط، لأن فيه ظلماً على المشتري لأن له حق الرد وفي كل عيب قديم

علم به البائع أو لم يعلم وقد يمكنه قطع اليمين على ظاهر ما كان يعلم من سلامته ويسوغ له قطعها فيما بينه وبين الله تعالى.

فرع

لو أنكر البائع أصل العيب، وقال هو سليم فعلى المشتري إقامة البينة على العيب فإن قامت البينة على العيب فإن قامت البينة على هذا وادعى أنه كان قديماً عند البائع وأقام البينة على هذا أيضاً، ثم ادعى البائع أني بعته على البراءة من عيبه ورضاه به [١٦٥أ/٦] وأخر الرد وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه، ذكره القاضي أبو حامد في «الجامع» فيحلف على البتِّ أنه لم يعلم ولم يرض به أو لم يؤخر الرد مع الإمكان لأنه ادعى عذراً محتملاً.

فرع آخر

لو حلف البائع في المسألة المتقدمة أن العيب لم يحصل في يده ثم اختلفا في الثمن وتحالفا وترادا فقال البائع: حلفتموني أن العيب حدث في يد المشتري فأثبتوا لي أرش هذا العيب عليه يقول له: لا بل كان يدعي المشتري عليك يمكنك الفسخ فجعلنا القول قولك وأنت اليوم تدعي عليه أرش هذا العيب فيحصل القول قوله أنه لم يحدث في يده اعتباراً بأن الأصل براء الذمة في الموضعين، ويجوز أن يصير المدعي مدّعى عليه في حادثة واحدة في باني الحال كما لو باع الوكيل شيئاً وقبض الثمن وزعم أنه دفعه إلى الموكل فأنكر الموكل فجعلنا القول قول الوكيل إذ هو أمين فحلف إن استحق المبيع فرجع المشتري بالثمن على الوكيل إذ كان دفع إليه فقال الوكيل قد حلفت أني دفعت إلى الموكل فأنا أرجع به [١٦٥ب/٦] ويدعي عود هذا الحق فلا يقبل قوله في العود إلا بحجة واضحة وله الرجوع بنقصان العيب من الثمن؛ لأن حق الرجوع بالنقصان كان ثابتاً للمشتري والبائع يدعي ذهابه فلم يقبل قوله إلا بحجة واضحة، وقيل: قال الشافعي: يحلفان فيحلف البائع بالله أن البياض القديم زال والمشتري يحلف بأن صاحبه ثم إذا حلفا فالمشتري يأخذ الأرش ولا يرد فتظهر فائدة يمين البائع في منع الرد وفائدة يمين المشتري في أخذ الأرش لأنه لا طريق إلى إلغاء اليمينين.

فرع آخر

رجل باع من آخر عشر جرار من الرُّبِّ[1] يعينها ثم سلمها إليه في زق للمشتري

(١) الرُّب: بالضم دبس الرطب إذا طبخ اهـ المصباح /رب/.

فوجدت في الزق فأرة ميتة ثم اختلفا فقال البائع: كانت الفأرة في الزق، وقال المشتري: كانت في الرُّبُّ في إحدى الجرار يحتمل أن يقال القول قول البائع مع يمينه لأنا شاهدنا الفأرة في الرُّبُّ الآن فمن ادعى كونها فيه قبل ذلك احتاج إلى دليل فإن قبل تقابل بأنا شاهدنا الفأرة في الزق فمن ادعى كونها فيه قبل ذلك احتاج إلى دليل قلنا: تقابلا ولكن الظاهر صحة البيع وسلامته من النقص [١٦٦أ/٦] والفساد، ولو اختلفا في العيب ومثله يحدث فالقول قول البائع مع يمينه ويحتمل وجهاً آخر بناء على القولين في اختلاف المتراهنين في مسألة العصير إذا وجده خمراً فإن اتفقا على أنها لم تكن في الزق فالرب كله نجس، وهل يكون من ضمان البائع أو المشتري؟ يحتمل أن يقال: ينفسخ البيع في قدر جرة من الرب بقسطه من الثمن خاصاً على قول من يفرق الصفقة ويلزم البائع ضمان الباقي أيضاً، ولكن لا يضمنه بالثمن، وذلك أنا نحمل الأمر على أن الجرة التي فيها الفأرة صبت في الزق آخر فينجس الجميع، ويلزمه ضمان قدر هذه الجرة بالثمن لفساد البيع فيه، ويلزمه ضمان الباقي لأن ينجسه بأمرٍ حصل منه ويحمل الأمر على أن صبها كان في الابتداء أو في الانتهاء، وأي هذه الأمور كان فالجواب يرجع إلى ما قلنا فإن قيل: إذا كان في الزق فأرة ميتة فتسليم البائع الرُّبُّ فيه هل يقع صحيحاً؟ فإن قلت نعم لا يستقيم لأن الربّ في حال ما يحصل في الزق يصير تالفاً نجساً فلا يحصل التسليم على التمام وقيل: التسليم حاصل لأن الربَّ يحصل [١٦٦ب/٦] عليه فالقول قول الموكل فأنا أرجع به عليه فالقول قول الموكل أنه لم يقبض منه شيئاً؛ إذ الوكيل أمين في أن لا يغرم وليس بأمين في أن يغرم الموكل شيئاً ذكره القفال.

فرع آخر

لو وكّل وكيلاً في بيع عبده فباعه فأصاب المشتري به عيباً فرده على الوكيل ينظر فإن رده بعيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة فالوكيل يرده على موكله، وإن كان لا يمكن حدوثه إلا بعد القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على موكله، وإن كان عيباً يحتمل الأمرين يُنظر فإن أقام المشتري البينة أنه كان به حال العقد رد عليه وكان له رده على موكله، وإن لم يكن له بينة فالقول قول الوكيل، فإن حلف سقط الرد، وإن لم يحلف رددنا العين على المشتري، فإذا حلف وردّه على الوكيل فالوكيل لا يرده على الموكل لأنه عاد إليه باختياره فهو كما لو صدقه فيما يدعيه، وقال أبو حنيفة: إذا نَكَل الوكيل قضى عليه بالنكول ويرد عليه العبد ويرده الوكيل على الموكل، وقال القاضي الطبري: إذا قلنا: رد اليمين بمنزلة البينة في أحد الوجهين يجب أن يكون له [١٦٧أ/٦] رده على الموكل وهذا وجه مشهور، وفي هذا نَظَر عندي وذلك أنه يجعل كالبينة في حق من رد عليه وهاهنا حق الموكل وهو لم يرد عليه.

فرع آخر

لو اختلف رجلان في شيء هو في يد أحدهما فقال من هو في يده: ابتعته منك وأديت ثمنه إليك وقبضته منك، وقال من ليس في يده: ابتعته منك وأديت ثمنه إليك ولم أقبضه منك وأنا مطالب لك بتسليمه إليّ وأقام كل واحدٍ منهما بينة، قال ابن سريج فيما فرّع على «الجامع الصغير»: البينة بينة صاحب اليد وبه قال أبو حنيفة، وقال محمد: البينة بينة الخارج، وهذا غلط لأنهما تساويا في البينة والاحتمال ولتفرّد أحدهما بزيادة يد فقضينا له بها.

فرع آخر

لو اشترى عبداً في عينه نكتة بياض فلم يعلم به المشتري حتى حدث نكتة بياض في موضع آخر من عينه ثم زالت إحداهما فقال البائع: زال القديم فلا يستحق الرد، وقال المشتري: زال الحادث فلي الرد لم يكن له الرد لأن المشتري اعترف بزوال حقّ الرد بحدوث العيب [١٦٧ب/٦].

(١)في ابتداء الزق وهو طاهر ثم يصير نجساً بعده يملأ فأرة النجاسة، ففي حال طهارته حصل في يد المشتري فلا اعتبار بحدوث النجاسة بعده، ولأن نجاسته تسبب من جهة المشتري فإنه الذي أمر البائع بالصب فيه أو فتح رأسه ليصب البائع فيه ذلك والتلف إذا حصل بسبب من جهة المشتري لا يمنع حصول التسليم والسلم حكماً، كما لو قتل المشتري العبد المشترى قبل قبضه أو حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه هذا العبد صار قابضاً مع حصول التلف من جهة أن تلفه بأمر من جهته كذلك هاهنا.

مسألة: قال: وسمعته يقول(٢): كَلُّ ما اشتريته مما يكونُ مأكولَهُ في جوفِه فَكَسَرَهُ فَوَجَدَه فاسداً.

لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون مما لا يوقف على عينه إلا بكسره كالبيض والبطيخ المدوّد والقثاء المدوّد والجوز واللوز ففيه ثلاثة أقاويل أحدها: يرده ويسترجع الثمن وهو الصحيح لأنه نقص يتوصل به إلى استعلام العيب فلا يمنع الرد كحلب [١٦٨أ/٦] لبن المصراة ولا يجب الأرش لأنه قطع قطعاً مستحقاً فصار كما لو كان عبداً فختنه ثم علم العيب ويفارق لبن المصراة حيث يلزمه ضمان ذلك لأنه انتفع باللبن الموجود في الضرع

---

(١) هكذا العبارة في الأصل فليحرر.

(٢) انظر «**الحاوي**» (٥/ ٢٦٢).

حال البيع الذي له قسط من الثمن.

والثاني: يرده ويرد معه أرش ما نقص بالكسر كما في المصراة وهذا ضعيف وبيان الأرش هاهنا ما بين قيمته صحيحاً فاسداً وقيمته فاسداً مكسوراً وهو كالعين المأخوذة سوماً يلزمه أرش النقص الداخل فيه.

والثالث: وبه قال أبو حنيفة والمزني: لا يرده أصلاً ولكن يرجع عليه بأرش قيمته صحيحاً فاسداً وبين قيمته صحيحاً غير فاسد إلا أن لا يكون لفاسده قيمة أصلاً مثل بيض الدجاجة فيرجع بجميع الثمن لأنه باع ما لا يجوز بيعه، وبان بطلان البيع لأنه باع ما لا قيمة له كالخنافس والديدان، وقال بعض أصحابنا بخراسان: رجع بجميع الثمن لا يحكم فسخ البيع بل يحكم أن أرشه جميع الثمن، والفاسد يكون للمشتري فعليه نقله إلى المزبلة إن احتيج إلى تفريغ المكان وهذا غلط والصحيح [١٦٨ب/٦] ما ذكرنا، وقال مالك وأحمد في رواية: ليس له الرد ولا الأرش واحتج بأن البائع لا يعلم بعيبه فلا تدليس من جهته فلا يرد من جهته وهذا غلط، لأن عقد البيع يقتضي السلامة كما في الثوب واحتج المزني على ما اختاره بأن قال: هذا عندي أشبه بأصله لأنه لا يرد الرابح مكسوراً كما لا يرد الثوب مقطوعاً فيقال له: أما رد الرابح فعلى القولين غير أن الشافعي ربما يجيب على أحد القولين وربما ينص عليهما، ولو كان في الرابح بقية يمكن الوقوف على عيبه منها من غير كسر، فإذا كسر لا يرد لأنه لا ضرورة به إليه وقيل قال المزني: هذا أشبه بأصله أن لا يرد الرابح بغير الكاتب فكتب لأنه لا يرد أما الثوب مقطوعاً لا يشبه الجوز مكسوراً لأن كسر الجوز سبيل إلى التوصل إلى معرفة علامته بخلاف قطع الثوب.

ومن أصحابنا من رتب ترتيباً آخر فقال: هل له الرد قولان فإذا قلنا: له الردِ هل عليه أرش الكسر؟ قولان، وإن كان مما يمكن الوقوف على عيبه بغير كسره كالرمان تعرف حموضته بأن تغرز فيه [١٦٩أ/٦] إبرة والبطيخ تعرف حموضته بمثل ذلك أو قريب منه بكسره فهذا يمنع الرد قولاً واحداً لأنه يمكن معرفة العيب بأقل منه، ولهذا لما لم يمكن معرفة الدود في البطيخ إلا بالكسر فقطع القطعة منه لا يمنع الرد وعلى هذا يرجع بأرش العيب، ومن أصحابنا من قال فيه الأقاويل أيضاً لأن ذلك القدر يتعذر ضبطه وهذا ضعيف.

فرع

لو اشترى ثوباً مطوياً على طاقين فرأى جميع الثوب من جانبيه يجوز فإن نشره ثم وجد به عيباً ينظر فإن كان مما ينقص بالنشر فلا يخلو إما إن كان يمكنه أن يحمل إلى أهل الخبرة به لينشره نشراً لا ينقصه فنشره بنفسه فيقصه فليس له رده، وإن كان لا يمكن أحداً نشره إلا

بإلحاق نقص به فإن هذا القدر من النقص هل يمنع الرد على ما ذكرنا من الأقاويل، وإن كان يمكنه الوقوف على العيب بدون النشر الذي ينقص قيمته نشراً ينقص فالصحيح أنه يمنع الرد وفيه قول آخر: وليس بشيء، وإن كان مما لا ينقص بالنشر أصلاً كالكتان ونحوه فلا [١٦٩ب/٦] تمنع الرد أصلاً.

فرع آخر

لو كانت شاةٌ فوجد بها عيباً فساقها ليردها فحلبها في الطريق وهي سائرة ولم يقفها للحلب قال أصحابنا: لا يبطل الرد، وإن أوقفها للحلب بطل الرد لأن المنفعة للمشتري فإذا استوفاها من غير ترك الرد وحبس الأصل لا يمتنع الرد.

فرع آخر

قال والدي رحمه اللّه: على قياس هذا لو كانت ثيباً فوطئها وهو حامل لها ينبغي أن لا يبطل حق الرد لهذا المعنى وعلى هذا إن ولدت في الطريق فالولد له.

فرع آخر

لو اشترى دابة فأنعلها وضرب عليها إكافاً وجعل عليها لقودها رسناً ثم وجد بها عيباً كان له أن يحط الإكاف ولا يجوز له قلع النعل فإن لم يحط عنها الإكاف بطل خياره، وإن قلع نعلها بطل خياره، والفرق بينهما: أن الإنعال من الاستصلاح والحفظ لقوائمها ووقايتها عما يصيبها بتركه وقلعه يضر بها فيبطل خياره، وأما وضع الإكاف والسرج عليها لاستعمالها في الغالب فتركها يكون استدامة جهة الاستعمال فيبطل خياره [١٧٠أ/٦] بذلك، وأما الرسن فتركه عليها لحفظها ونزعه عنها لا يضرها فلا يبطل واحد منهما خياره ذكره صاحب «التلخيص» تخريجاً.

مسألة: قال: ولو باعَ عبدَهُ وقدْ جَنَى.

الفصل

إذا جنى عبده ثم باعه فيه قولان أحدهما: البيع باطل وهو المختار لأن الشافعي قال: وبهذا أقول، لأن الرقبة كالمرهونة له بالجناية ولا يجوز بيع المرهون قبل الانفكاك، والثاني: البيع جائز وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وهو اختيار المزني لأن نفس الجناية لا تزيل الملك والسيد بالبيع كالمختار للفداء وهذا لا يصح لأن السيد لا يقدر على إسقاط حقه إلا أن يوفيه بالفداء، وكذلك الراهن يسقط حق المرتهن بأداء الحق فلا فرق بينهما وفيه قول

ثالث: مخرّج أنه موقوف فإن فدى السيد جاز البيع وإلا فلا.

واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاثة طرق: منهم من قال: القولان فيه إذا كانت الجناية خطأ وقد تعلق برقبته الأرش، أو كان عمداً ولكن صُولح على مال، فأما إذا كانت الجناية عمداً فالبيع صحيح قولاً واحداً وهو ظاهر المذهب [١٧٠ب/٦] وقال القفال: هذا إذا قلنا: موجب العمد القود فحسب فأما إذا قلنا: موجب العمد أحد أمرين إما الدية وإما القصاص فحكمه حكم الخطأ ومنهم من قال: على العكس القولان في العمد وأما في الخطأ فقول واحد البيع باطل كبيع المرهون وهذا لأن جناية العمد توجب استحقاق نفسه فيصير كبيع المستحق فلا يصح في أحد القولين والخطأ يوجب الأرش في رقبته كالمرهون سواء وحق الجناية آكد لأنه يقدم على حق المرتهن، ومنهم من قال فيه قولان.

وجملته: أن عبد الرجل إذا تعلق به حق مال فإن كان المالك علقه به كالرهن فالبيع باطل قولاً واحداً وإن تعلق به بغير اختياره كالزكاة وأرش الجناية فيه قولان فإذا قلنا: البيع باطل رد المشتري العبد وانقطعت العلقة بينه وبين البائع وبقي الكلام بين السيد وبين المجني عليه، وإن كانت الجناية عمداً توجب القود قبله فلا كلام وإن كانت خطأ أو عمداً يوجب المال فالسيد بالخيار بين الفداء وبين التسليم للبيع للسيد وليس له أن يسلم عين العبد إلى [١٧١أ/٦] المجني عليه خلافاً لأبي حنيفة وإن اختار أن يفديه فيه قولان: أحدهما: .... الأمرين من خمسة أو أرش جنايته، والثاني: أرش الجناية ... البيع وتسليمه المبيع، وموضع هذا كتاب الجنايات، وإذا قلنا: البيع صحيح هل كانت الجناية خطأ أو عمداً يوجب الثاني، أو عمداً يوجب[1] فهل يلزم السيد الأرش المنصوص؟ يلزمه الأرش نص على ذلك بالبيع، ولا سبيل له في فسخ البيع بعد ذلك، لأنه تعين به حق المشتري، ولما باعه مع العلم يتعلق الحق برقبته صار ذلك في ذمته بالتزام الأرش، وبه قال أبو حنيفة، إلا أن يكون السيد معسراً فيفسخ البيع حينئذٍ ويباع في الجناية، وحق المشتري من الثمن في ذمة السيد، وهذا لأن حق الجناية يتعلق لحق المشتري .... ومن أصحابنا من قال: لا يتعين ذلك على السيد وهو بالخيار من التزام الأرش وبين فسخ البيع وتسليم العبد ليباع في الجناية، لأنه ليس في بيعه أكثر من التصريح بالفداء، ولو قال: أنا آخذ به لا يتعين الفداء بل يحمل على الوعد فهاهنا [١٧١ب/٦] أولى وهذا لا يصح لأن اختيار الفداء هاهنا حصل بإزالة الملك ونفد فصار التزاماً في ذمته كما لو قبله بخلاف ما لو قال: التزمت الفداء بالقول، فإذا قلنا بما قال أصحابنا: بكم يفدى لو اختار الفداء فيه قولان على ما ذكرنا،

---

(١) العبارة غير واضحة وفيها نقص في الأصل وانظر «الحاوي» (٥/ ٢٦٤).

وإذا قلنا بالمنصوص قال أبو حامد وجماعة: يفديه بأقل الأمرين قولاً واحداً لأنه لا يقدر على تسليمه للبيع للزوم البيع فصار كما لو قتله بفدية بأقل الأمرين قولاً واحداً ويفارق المسألة قبلها لأنه يقدر على تسليمه للبيع.

وقال القاضي الطبري: فيه قولان أيضاً لأنه باختياره منع من تسليم نفسه للبيع قلت: وإذا قبله يوجد هذا المعنى فيحتمل فيه قولاً آخر أيضاً، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فللولي الخيار بين القصاص والعفو على ما تعلق المال رقبته، والحكم فيه كما لو عفا قبل البيع لأنه مستحق بسبب سبق البيع، وإن اختار القصاص فاقتص نظر فإن كان قبل القبض بطل البيع، وإن كان بعد القبض اختلف أصحابنا فيه قال ابن أبي هريرة: كونه قاتلاً بمنزلة كونه معيباً فإن كان [١٧٢أ/٦] المشتري عالماً بأنه قاتل ولا يرجع على البائع بشيء، وإن كان جاهلاً رجع عليه بالأرش فيقوم العبد قاتلاً وغير قاتل فيلزم البائع ما بين القيمتين بقسطه من الثمن لأنه قتل في يده وقدر رده وهذا اختيار ابن سريج وابن أبي هريرة، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد، وهذا لأنه ليس في كونه قاتلاً أكثر من أن يخاف عليه التلف فصار كما لو اشترى مريضاً لا يعلم مرضه حتى مات في يده قال أبو إسحاق: يرجع بجميع الثمن وهو المذهب المنصوص، وبه قال أبو حنيفة لأنه لما قتل في المشتري بمعنى سبق العقد وهو كالجناية كان بمنزلة أن يخرج مستحقاً ولا يعتبر بأن قتله يجعل كالاستحقاق لأنه لو جعل كالاستحقاق لم يصح البيع أصلاً وعلى هذا يجب دفنه وتكفينه على البائع.

وعلى هذا إذا غصب عبداً فجنى في يده ثم رده على صاحبه ثم قتل في يد صاحبه بالجناية رجع على الغاصب بكل القيمة ويفارق المريض لأن المريض يتلف بزيادة مرض يحتمل في يد المشتري وهاهنا يتلف مما سبق فإن قتل على [١٧٢ب/٦] هذا يبطل بالمرتد إذا قبل في يد المشتري فإنه يقبل بإقامته على الردَّة، وقد تحددت الردة في يد المشتري ويرجع بكل الثمن على هذا القول قلنا: الردة السابقة في يد البائع أباحت القتل وإقامته عليها ليست بردة أخرى ورجوعه عن الردة مبطل لها كالعفو عن القصاص فالمرتد والقاتل سواء، وعلى هذا القول المنصوص قال بعض أصحابنا: يلزم أن يقال له الرجوع بكل الثمن، وإن كان عالماً بحاله لأن من اشترى مغصوباً عالماً بالحال فاستحق من يده له الرجوع ولا خلاف أنه يلزمه إذا اشتراه عالماً بحاله ولا يرجع بشيء ونص عليه في الرهن، فقال: إذا علم به سقط حقه لأنه بمنزلة العيب ولهذا جوز البيع فعلى هذا هو كالمستحق مع الجهل بحاله والعيب مع العلم بحاله، وهذا اختيار القفال وجماعة.

ومن أصحابنا من قال: إذا كان عالماً به يرجع بكل الثمن عند الشافعي لأنه كالمستحق وعلى قول ابن سريج لا يرجع بشيء وهذا أقيس، والأصح ما يقدم فإذا تقرر هذا قال

المزني: يجوز بيعه [١٧٣أ/٦] كما يجوز عتقه واستشهد بالمرهون عكساً فإنه لما لم ينفذ فيه بيع الراهن لا ينفذ عتقه فيه، وقال: سوى الشافعي بين المرهون وعتقه قلنا: قال بعض أصحابنا: العتق مبني على البيع فإن قلنا: البيع يجوز ففي العتق ثلاثة أقوال كما نقول في المرهون:

أحدها: ينفذ موسراً كان أو معسراً، والثاني: لا ينفذ ومن أصحابنا من قال: إن كان موسراً ولزمه أرش الجناية ويضمن أقل الأمرين لأنه استهلكه بالعتق، وإن كان معسراً هل ينفذ؟ فيه قولان أحدهما: ينفذ بخلاف البيع ولأنه ينفذ في المبيع المحبوس وله عليه وشرائه بخلاف البيع وقول المزني: إن الشافعي سوى بينهما غلط، لأن الشافعي أبطل بيع المرهون قولاً واحداً، وفي عتقه ثلاثة أقوال قال القفال: وكذلك في المرهون إن كان موسراً أنفذ العتق قولاً واحداً، وفي المعسر قولان قال ابن سريج: وكذلك أقول في المبيع قبل القبض وقبل أداء الثمن، وقال هذا القائل: إن كانت الجناية عمداً ينفذ العتق قولاً واحداً لأن المستحق به القود واستحقاق القود [١٧٣ب/٦] لا ينافي العتق لأنه يقبل، وإن كان قد أعتق وهذا إذا قلنا: موجب العمد القود فحسب والفرق بين الرهن والجناية على قول بعض أصحابنا: إن حق الرهن تعلق على كره منه فافترقا في جواز العتق.

فرع

العبد القاتل في قطع الطريق إن قدر عليه بعد التوبة وبيع فالقتل الذي عليه قصاص محض، وقد ذكرنا حكمه، وإن قدر عليه قبل التوبة فقد تحتم قتله.

قال بعض أصحابنا: وهو اختيار أبي حامد قولاً واحداً لا يجوز بيعه لأنه لا قيمة لمن تحتم قتله، وعلى البائع رد الثمن قبل القبض وبعده، ومن أصحابنا من قال فيه قولان أيضاً، كما لو كان قصاصاً مجرداً وفيه منفعة وهي أن يعتقه وهذا اختيار القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز بيعه قولاً واحداً كالمرتد يتحتم قتله ويجوز بيعه قولاً واحداً، وقيل: في المرتد ثلاثة طرق أحدها: أنه كالمعيب عند الجهل والعلم، والثاني: أنه كالمستحق عند الجهل والعلم، والثالث: هو كالمستحق عند الجهل وكالعيب عند العلم [١٧٤أ/٦] قال أبو حامد: نص على هذا في «الأم» قلت: وهذه الطرق تجيء في العالم أيضاً.

فرع آخر

لو باع السارق الذي وجب قطع يده يصح بيعه، فإذا قطع يده في يد المشتري فعلى

قول الشافعي كان له الخيار بين الإمساك والرد لأنه لو قتل في يده باستحقاق كان له فسخ العقد، فمع قطع اليد أولى وعلى قول ابن سريج: لا يرد لحدوث العيب في يده فيرجع بأرش العيب، ويقوم صحيحاً غير سارق وصحيحاً سارقاً، ويرجع نقصان ذلك من الثمن، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا بالأول: لا يرد بل يرجع بما قيمته سارقاً مقطوعاً وقيمته غير معيب بالسرقة من الثمن، وهذا ضعيف وهكذا الحكم من اشترى عبداً به جراحة فلم يعلم بها حتى سرى الجرح ومات، وإن كان عالماً بالحال فلا خيار له بلا خلاف.

مسألة: قال: ومنْ اشترى عبداً ولهُ مالٌ فمالُهُ للبائِعِ[١].

الفصل

جملة هذا أن العبد لا يملك شيئاً إذا لم يملكه السيد قولاً واحداً، وإن ملكه السيد هل يملك فيه [١٧٤ب/ ٦] عليه[٢] ومانع لانتزاع السيد ذلك من يده وصار كأنه باع عبداً ذا مال كما يبيع عبداً ذا زوجةٍ بدليل أنه قال: فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله للمبتاع بالشرط لا بالشراء، ولو كان يصير له بالشراء لقال فماله للبائع إلا أن يشتريه المبتاع فعلى هذه العلة لا يكون مال العبد مبيعاً فيصح البيع، وإن كان المال ديناً أو غائباً أو مجهولاً أو مفضياً إلى الربا، حتى لو كان مال العبد ألفي درهم فاشتراه بألف درهم صح وللمشتري أن ينتزع له ألفين من يده ويدفع أحد الألفين إليه في ثمنه ويبقى له العبد والألف بغير شيء دفعه من ماله، وقال الاصطخري وابن خيران: التعليل كون المال يبقى له فيجوز مع الجهالة كالجهالة في حقوق الدار ولا يمنع جواز البيع قالا: وعلى هذا لا يجوز إذا أدى إلى الربا، وإن كان تبعاً لأن الربا لا يجوز تبعاً وينبغي أن ينزه العبد عن الربا تبعاً ومتبوعاً فعلى هذا لو كان ماله ألفي درهم لا يجوز أن يشتريه بألف ولا بألفين لأجل الربا، والصحيح العلة الأولى لأن الشافعي قال في القديم: وعاب علينا بعض الناس أنكم جوزتم [١٧٥أ/ ٦] بيع العبد معه ألفان بألف فيبقى له العبد والألف فالتزم الشافعي جواز ذلك، وهذا سؤال أبي حنيفة أنه لا يجوز إذا كان معه نقد إلا أن يكون الذي مع العبد أقل من الثمن، ولو باع هذا العبد مطلقاً، ولم يذكر المال لا يدخل المال في البيع بلا إشكال، وقال الحسن: يكون ماله للمشتري وإن أطلق وهذا غلط لما ذكرنا من الخبر.

---

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/ ٢٦٥).

(٢) في العبارة نقص، وانظر الحاوي (٢٦٧ ـ ٢٦٨/ ٥).

فرع

لو أعتقه فالمال الذي معه للسيد، وقال مالك: ماله للعبد إذا كان ملكه وهذا غلط، لقوله ﷺ: «من أعتق عبداً وله مالٌ فماله للمعتق»[1]، وروي عن ابن مسعود رضي اللّه أنه أراد أن يعتق عبداً له فقال يا أبا عمير ما مالك؟ فأنا أريد أن أعتقك وإني سمعت رسول اللّه ﷺ يقول: «من أعتق عبداً فماله للذي أعتق»[2]، وروي أنه أعتقه ثم قال له: إن مالك لي ثم تركه.

فرع آخر

إذا قلنا: يملك بالتمليك هل يحتاج إلى قبول العبد؟ وجهان على أن السيد هل يجبر عبده على النكاح؟ قولان. [١٧٥ب/٦]

فرع آخر

قد ذكرنا أن له الرجوع، وإن قلنا: يملك بالتمليك فلو وطئ السيد وكانت جارية هل يكون رجوعاً؟ وجهان، ولو باع ذلك المال أو زوجها إن كانت جارية كان رجوعاً على الصحيح من المذهب.

فرع آخر

لو باعه من ماله وقلنا: يملك وجوّزنا البيع ثم وجد به عيباً رده مع ماله لأنه قبض عبداً ذا مال فيرده كما قبضه، وقال داوود: يمسك المال ويرد العبد وحده لأن ماله لم يدخل في البيع وصار هو أحق به، وهذا غلط لما ذكرنا، وعلى هذا لو أخذ ماله وأتلفه ثم وجد به عيباً يرجع بالأرش ولا يرده فيقوم عبداً ذا مال لا عيب فيه وعبداً ذا مال به هذا العيب ويرجع بما بين القيمتين من الثمن.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فوجده مأذوناً في التجارة ركبته الديون لا خيار له لأنها متعلقة بذمته، وقال مالك فيما حكى أصحابنا عنه: له الخيار وحكي عن أبي حنيفة البيع باطل لأنها متعلقة برقبته.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق من مصنفه (١٤٦٢٠)، وأبو داود في سننه (٣٤٣٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٥٥٤) (٥/ ٣٢٦).

مسألة: قال: وَحَرامٌ التدليسُ ولا ينتقضُ بِهِ [١٧٦أ/٦] البيعُ.

أراد بالتدليس أن يخفي عيب المبيع عن مشتريه أو يغير خلقته من تسويد شعره ونحو ذلك، وهو مشتق من الدلسة وهي الظلمة، فكأنه لما لم يبين وتركه على الخفاء كان مدلساً وهذا حرام ذكرنا فيما قبل ولا يبطل به البيع لأن البيع في العاقد دون المعقود عليه وإذا بان العيب يثبت له الخيار، وقال داوود: يبطل البيع وهذا غلط، لأن النبي ﷺ أجاز بيع المصرّاة مع التدليس ولو كذب في رأس المال فقد دلس، ولكن لا يثبت به الخيار في غير المرابحة، وكذلك إذا قال: طلب مني بكذا كاذباً يكون مدلساً ولا خيار به لأنه لا نقص في المعقود عليه، وقد روى ابن سباع قال: اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا فقال: هل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها إنها السمينة ظاهرة الصحة فقال: أردت بها سفراً أم أردت لحماً؟ قلت: أردت عليها الحج، قال: بخفها نقب فقال صاحبها: [١٧٦ب/٦] أصلحك اللّه ما تريد إلى هذا تفسد عليّ فقال أبي: سمعت رسول اللّه ﷺ: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا يبيّن ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بيّنه»[1].

مسألة: قال: وأكرهْ بيعَ العصيرِ لمَنْ يعصرُ الخمرَ.

الفصل

إذا باع العنب ممن يعصر الخمر فإن باعه عالماً بأنه يعصر خمراً، وأن المشتري يشتريه لذلك فقد فعل محرماً، لأنه قصد المعاونة على المعصية والبيع صحيح لأن التحريم لمعنى في غير المقصود عليه، ومن أصحابنا من قال: هذا اختيار أبي حامد، وقول جمهور أصحابنا: أنه يكره ولا يحرم وإن باعه مطلقاً ولم يقصد به شيئاً، ولكن ظاهر ظنه أنه يتخذه خمراً فقد فعل مكروهاً خشية الحرام، ولا يكون حراماً لأنه قد تحلله أو يبيعه بربية ولا يبطل البيع بحال، وحكى ابن المنذر عن الحسن أنه قال: لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه سمراً، وقال الثوري: بع الحلال ممن شئت، وقال مالك: البيع باطل وبه قال أحمد، وقال أحمد كذلك: لا يجوز بيع الجارية [١٧٧أ/٦] ممن يتخذها للغناء، وهكذا الخلاف في بيع السيف ممن يعصي اللّه تعالى به ومذهبنا على التفصيل ذكرنا.

فرع

بيع السلاح من أهل الحرب في دار الإسلام هل يجوز؟ وجهان أحدهما: لا يجوز

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢١٥٧) (٢/ ١٢).

لتحريم إمضائه، والثاني: يجوز ويفسخ وهما مخرجان من القولين في شري الكافر عبداً مسلماً، وقال بعض أصحابنا: لا يجوز وجهاً واحداً لأنه فيه تقوية الكفار على المسلمين وهو اختيار القاضي الطبري وقد قيل: لا يجوز من الحربي ومن الذمي في دار الإسلام وجهان، لأنه ربما ينقض العهد أو ينفذه إلى دار الحرب.

فرع آخر

إذا وجد شاةً مذبوحة في بلد يجمع مجوساً ومسلمين لم يحل أكلها إلا أن يغلب على الظن الإباحة بأن يكون عدد المسلمين أكثر.

مسألة: قَال: وأكرهُ مبايعةَ منْ أكثرَ مالِه حرامٌ.

إذا باع السلطان الجائر الذي يأخذ الجزية والخراج ويأخذ المال ظلماً بالمصادرات أو الذمي الذي يبيع الخمر والخنزير [١٧٧ب/٦] ويأخذ الثمن فإن تيقن أنه حرام لا يجوز أن يبايعه، فإن اشترى منه شيئاً أو باع فما أخذه يلزمه رده على صاحبه أو كان باقياً أو ضمانه إن تلف ولا ينعقد البيع أصلاً، وإن علم أنه حلال تجوز المبايعة بلا خلاف، وإن لم يعلم الحال يلزم مبايعته ولكن لا يبطل لأن الظاهر فيما في يده أنه ملكه، وهذا لقوله ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات لا يدري أكثر الناس من الحلال هي أو من الحرام فمن تركه استبراءً لعرضه ودينه فقد سلم ومن واقعه يوشك أن يواقع حراماً كالراعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه ألا وإن لكل ملك حمى وحمى اللّه محارمه»[١]، وقال ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[٢]، والدليل على جوازه ما روي أن النبي ﷺ رهن درعه عند أبي الشحم اليهودي على شعير أخذه لأهله[٣].

باب بيع البراءة

مسألة: قال: وإذا باعَ شيئاً من الحيوانِ بالبراءةِ فالذي [١٧٨أ/٦] أذهبُ إليهِ قضاءُ عثمانَ رضي اللّه عنه.

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في ترك الشبهات (١٢٠٥) وابن ماجه في الفتن، باب الوقوف عند الشبهات (٣٩٨٤) وأحمد في «مسنده» (١٧٩٠٣).

(٢) أخرجه الترمذي في صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله ﷺ، باب منه (٢٥١٨) والنسائي في الأشربة، باب الحث على ترك الشبهات (٥٧١١)، وأحمد في «مسنده» (٢٧٩١٣) والدارمي في البيوع، باب «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» (٢٥٣٢).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٩٧٨) (٦/ ٣٧).

إذا باع حيواناً بشرط البراءة من العيوب، قال في اختلاف العراقيين: فالذي أذهب إليه قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه حتى يسميه ويقفه عليه ثم قال: والأصح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان لا يبرأ من سائر العيوب أو يبرأ من جميعها، يعني: لولا ما وصفنا من قصة عثمان رضي الله عنه، واختلف أصحابنا في المسألة على طريقين قال الإصطخري وجماعة: في المسألة ثلاثة أقاويل:

أحدهما: هذا وبه قال مالك، وهو اختيار الشافعي وقضاء عثمان رضي الله عنه أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً بثمان مائة درهم بشرط البراءة ثم ترافع هو والمشتري إلى عثمان في عيب به وأراد رده به فقال عثمان لابن عمر رضي الله عنهم تحلف أنك بعته وما علمت به ذا كتمته فقال: لا، فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم، وروي باعه بألف درهم وخمس مائة ففرق بين ما علم البائع وبين ما لم يعلم، وهذا لأن ما يعلمه لا عذر له في [١٧٨ب/٦] كتمانه من المشتري وما لم يعلمه فالبايع فيه معذور، وإذا أراد أن يقف المشتري على العيوب حتى يبرأ البائع لعلم المشتري بالعيب لا بالشرط فوجهه أن ما لا يرى مثل عيب السرقة والإباق ونحو ذلك يسميه له وما يمكن أن يرى كالبرص والقرح، فأراد أن يسميه له بذكر محله في البدن وقدره حتى يصير كالمرئي إذ يختلف البعض الحاصل باختلاف محاله ومقاديره فلا يجوز مع الجهالة لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن.

وقد قال الشافعي: هاهنا قلت ذلك تقليداً لعثمان بن عفان رضي الله عنه، وهذا مشكل لأن الشافعي تقلد أحداً بين الصحابة في الجديد، وإنما قلد في القديم وهذا النص في كتاب الجديد، وإزالة هذا الإشكال أن يقال ما قصد الشافعي بهذه العبارة محض التقليد بل أراد الاستئناس والاسترواح بما حكي من مذهب عثمان والدليل على هذا أنه عقبه بالقياس فقال: إن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يُغتدى الصحة والسقم وتحول طبائعه وقلّ ما يبرأ من عيب يخفى ويظهر، وقد قال [١٧٩أ/٦] مثل هذا في الفرائض، وذلك أنه قلد زيد بن ثابت رضي الله عنه في توريث الإخوة مع الجد في الجديد ثم عقبه بالقياس فقال كلاماً طويلاً معناه: أن المدلى به وهو أب الميت لو مات وخلف أباه وهو هذا الجدّ وابنه وهو هذا الأخ كان للأخ خمسة أسداس المال وللجد السدس فكيف يجوز حجب الأخ بالجد في مسألة الجد والإخوة؟ وبين أصحابنا من قال: الشافعي قلد عثمان رضي الله عنه في هذه المسألة على قوله في القديم قول الصحابي حجة يترك به القياس فإن قيل: على هذا فابن عمر رضي الله عنهما خالفه لأنه لم يحلف، قلنا: لم يخالفه بل تورع عن اليمين تنزيهاً وهذا ضعيف لما ذكرنا، أن هذه المسألة في الجديد.

والقول الثاني: لا يبرأ عن شيء من العيوب إلا بالتسمية وبه قال أحمد في رواية، لأنه إسقاط حق قبل وجوبه فلا يجوز كالشفيع إذا عفا قبل البيع.

والثالث: يبرأ من جميع العيوب وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية وهو اختيار الإصطخري وأصل هذا أن البراءة عند أبي حنيفة [١٧٩ب/٦] عن المجهول يجوز وعندنا لا يجوز واحتج بما روت أم سلمة رضي الله عنها أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في مواريث قد درست فقال رسول الله ﷺ: «استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه»[١] وهذا غلط، لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلا تثبت الجهالة كالخيار.

وأما الخبر أراد به تحلله من قدر يسميه فلا حجة فيه، ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد وهو أنه يبرأ مما لم يعلم من العيوب الباطنة ولا يبرأ مما علم من العيوب الباطنة والظاهرة، ولا يبرأ مما لم يعلم من العيوب الظاهرة لأن الشافعي قال: تركت القياس لقضاء عثمان، وإن الحيوان يفارق ما سواه على ما ذكرنا فقدم قضاء عثمان مع ضرب من الاعتبار على القياس المخالف له ثم قال بعد ما أشار إلى القولين الآخرين: والأول أصح.

قال القاضي الطبري: وهذا غلط عندي لأن الشافعي نص في كتاب اختلافه مع مالك على أن غير الحيوان إذا باعه بالبراءة من عيوبه يبرأ منه [١٨٠أ/٦] وحكاه القاضي أبو حامد في «الجامع» عنه ذلك فقال: ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة مما يعلم ومما لا يعلم كان مذهباً يجد فيه حجة قال القاضي أبو حامد: وهذا قول يأتي في المسألة وإذا كان هذا قولاً في غير الحيوان ففي الحيوان أولى، وأما القول الثالث: حكاه الإصطخري ولا نعرفه للشافعي رضي الله عنه إلا من هذا الكلام الذي نقله المزني ولا يمكن إثبات قول آخر بمثله فالذي يحصل من كلام الشافعي فيه قولان:

أحدهما: قذف بين ما لم يعلم من العيوب الباطنة وبين ما علم نص عليه في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

والثاني: أنه يبرأ من كل عيب على الإطلاق على ما نص عليه في غير الحيوان في كتاب اختلافه ومالك فحصل في المسألة ثلاثة طرق.

وأما غير الحيوان مثل النبات والعقار ونحو ذلك إذا باع بشرط البراءة من العيوب على طريقة الإصطخري والقاضي الطبري فيه قولان: أحدهما: لا يبرأ بحال وهو المشهور،

---

(١) أخرجه ابن الجوزي في التحقيق (١٤٥٠) (٢/ ١٨٣).

والثاني يبرأ من كل عيب وبه قال أبو حنيفة وأحمد في [١٨٠ب/٦] رواية ولا يجيء فيه الفرق وبين العيب الباطن والظاهر وعلى طريقه سائر أصحابنا قول واحد لا يصح في شرط البراءة أصلاً، وقال أبو علي في «الإفصاح» والقاضي أبو حامد في «الجامع» فيه قول ثالث: يبرأ من عيب لم يعلمه ولا يبرأ مما علمه قياساً على الحيوان، ومن خرّج من أصحابنا هذا القول حمل قول الشافعي في الحيوان يبرأ من عيب لا يعلمه على العيب الظاهر والباطن، وهذا غلط والصحيح الذي عليه المحصّلون من أصحابنا أن قول الشافعي في الحيوان يبرأ من عيب لا يعلمه يريد به العيوب الباطنة، فأما الظاهرة التي يمكنه الوقوف عليها فلا يبرأ منها وإن لم يعلمها، وإذا كان كذلك كان هذا التخريج باطلاً لأن غير الحيوان لا باطن له والفرق بين الحيوان وغيره أن علل الحيوانات كثيرة منها ما يظهر ويستدرك سريعاً، ومنها ما يخفى ولا يعلم إلا بعد طول الزمان فربما يكون به عيب يظهره الحرّ دون البرد أو البرد دون الحرّ أو الليل دون النهار أو فصل من السنة دون فصل، وقد يكون به نوع سقم وداء كامن [١٨١أ/٦] وهو لا يقف عن الاعتداء ولا يزال يتحول طبائعه وقل ما يوجد بريئاً من كل عيب، فلو حكمنا بأن البراءة لا تصح لما استقر البيع على حيوان بحال لأنه لا يعرى عن عيب يرد به في الغالب بخلاف سائر العروض، فإنها إن كانت معيبة تيسر إدراك عيبها على المشتري عند العقد فلا ضرورة للبائع إلى اشتراط البراءة.

وقال في «الحاوي»[١]: اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بقوله في الحيوان يبرأ مما لم يعلمه على وجهين أحدهما: أراد ما لم يكن معلوماً لخفائه سواء علمه البائع أو لم يعلمه، والثاني: أراد ما لم يعلمه البائع لجهله به سواء كان ظاهراً أو خفياً.

فرع

لو باع ما يكون مأكوله في جوفه بشرط البراءة من عيوبه كالرمان والجوز ونحوه لا يختلف أصحابنا أنه بمنزلة غير الحيوان لأنه يمكن الوقوف على باطن عيبه بقطعه أو بقته.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح البيع بشرط البراءة فحدث عند البائع به عيب قبل القبض لا يبرأ منه، وقال أبو يوسف: يبرأ منه لأن الشرط إسقاطه وقد وجد سببه وهذا [١٨١ب/٦] غلط لأنه لم يثبت بعد ولم يوجد فكيف يجوز إسقاطه وهو كالإبراء عما لم يجب.

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٥٨٠) (٥/ ٣٣٠).

فرع آخر

لو اختلفا في هذا العيب فقال المشتري: حدث قبل القبض، وقال البائع: كان عند العقد وبرئت بالشرط، وأمكن ما قالا فيه وجهان بناء على علة أصحابنا في الاختلاف في العيب الموجود إذا قال البائع: حدث عند المشتري، وقال المشتري: كان عند البائع فالقول قول البائع لأنه يدعي الإمضاء.

فرع آخر

لو باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث بعد العقد قبل القبض فلا يصح البيع ولا الشرط قولاً واحداً.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح الشرط سقط الرد بالعيب وإن وجد ألف عيب وقال ابن أبي ليلى: إن ذكر عدد العيوب صح البراءة وإلا فلا يصح وهذا غلط، لأن المعنى موجود ذكر العدد أو لم يذكر.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يصح الشرط هل يبطل البيع ببطلانه اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: لا يبطل وهو [١٨٢أ/٦] ظاهر المذهب[١] دون البيع، ومنه من قال: يبطل البيع وهو القياس لأن البيع يبطل بالشروط الفاسدة وهذا الشرط يأخذ قسطاً من الثمن وذلك يوجب جهالة الثمن.

فرع آخر

لو كان عليه دين مجهول فقال: أبرأتك من درهم إلى ألف درهم صح الإبراء من الألف، ولو قال: لا حق لي قبل فلان ولا طلبه جاز وهذا قرار وليس بإبراء.

فرع آخر

لو كان عليه دين مجهول لا يعرف مقداره فأخذ به ثوباً لا يجوز ووافقنا فيه أبو حنيفة فيقيس عليه الإبراء من الدين المجهول بعلّة أنه إسقاط دين مجهول فلا يصح.

---

(١) انظر «الحاوي» (٥/ ٢٧٤).

باب الاستبراء في البيع

مسألة: قال: وإذا باعَ جاريةً لَمْ يكُنْ لأحدٍ منهُمَا فيها مواضعةٌ.

إذا باع جارية من رجل وسلم ثمنها وجب على البائع تسليمها لأنه تسلم ثمن سلعته فلا معنى لمنعها ولا يجبر [١٨٢ب/٦] البائع على تعديلها ولا يجبر المشتري على ذلك أيضاً وقصد به الرد على مالك حيث قال: لا يجب على المشتري دفع الثمن ولا على البائع تسليم الجارية حتى تحيض وتطهر وهو تمام الاستبراء، إذا كان المشتري شاباً، وحكي عن مالك: إن كانت جميلة لا يلزمه تسليمها بل يضعها على يد عدل حتى يستبرئ، وإن كانت قبيحة أجبر على تسليمها لأنه يلحقه التهمة في الجميلة واحتج الشافعي عليه بأن قال: لو كان لا يلزم دفع الثمن حتى تحيض وتطهر كان البيع فاسداً للجهل بوقت وجوب دفع الثمن وفساد آخر، أن الجارية لا مشتراة شرى العين فيكون لصاحبها أخذها ولا بيع الصفة فيكون الأجل معلوماً فعرفنا أن انتزاع الجارية من يد البائع وتعديلها للاستبراء ومنعها من المشتري لا يستقيم على النظر فيسلم إلى المشتري ويؤمر باجتنابها إلى أن يتم استبراؤها، ولا يراعي التهمة لأن الظاهر العدالة والسلامة فإذا تقرر هذا ظاهر ما قال هاهنا يوهم أنهما لو تواضعا على تعديلها صح بيعها، وليس كذلك لأن البائع [١٨٣أ/٦] لو قال: بعت منك هذه الجارية بشرط أن يعدلها للاستبراء ولا أسلّمها إليك وإن سلمت الثمن كان البيع باطلاً لأنه شرط يضاد موضوع العقد فتحتمل أن يريد الشافعي بلفظ المواضعة شرط التعجيل والتأجيل في الثمن فكأنه قال: إن اشترط تأجيل الثمن وجب على البائع تسليم الجارية في الحال، وإن لم يكن لها في الثمن شرط تأجيل ومواضعة مدة ونسيه لم يلزم البائع تسليمها ما لم يدفع المشتري ثمنها، فإذا دفع الثمن لزم البائع التسليم ولا يجبر واحد منهما على إخراج ملكه من يده إلى غيره.

وأما قوله: ولا يجوز بيع العين إلى أجل حجة أخرى على مالك لأنه يقول: تسليمها مؤخر إلى استبرائها فيكون بيع عين إلى أجل وذلك لا يجوز بالإجماع.

وأما قوله ولا للمشتري أن يأخذ منه جميلاً بعهده معناه: أن البيع إذا كان مطلقاً فليس للمشتري أن يقول للبائع بعد البيع أطالبك بجميل يضمن عنك عهدة البيع والجميل في لسانهم الكفيل، وإنما لم يكن للمشتري ذلك لأن العقد مطلق فلا يطالبه به كما لا يطالبه [١٨٣ب/٦] بكفيل يتكفل بثمنه سواء كان البائع غريباً أو مقيماً مليئاً أو مُعدماً باراً أو فاجراً.

وأما قوله: وإنما التحفظ قبل الشراء دليل على أن الشراء بشرط أن يعطى البائع ضامن

درك يجوز، وإن كان بشرط أن يعطيه كفيلاً ببدنه حتى إذا خرج مستخفاً أحضر البائع يجوز أيضاً إذا جوّزنا كفالة البدن كالبائع إذا باع بشرط رهن أو كفيل يجوز ذكره القفال، ولو قال رجل للمشتري: أنا أضمن لك معرفة البائع فلا شيء عليه إذا هرب البائع، وإن قال: كذبت ولم أعرفه، وحكي عن مالك أنه قال: إذا اشترى شيئاً من غريب أو رجل غير معروف فما بين الناس سواء كانت جارية أو سلعة أخرى له أن يطلب كفيلاً من البائع بإحضاره ليرجع عليه الثمن عند الدرك وهذا غلط لما ذكرنا، فإذا تقرر هذا فشرح هذا الباب في كتاب العدة ولكنا نشير إلى طرف منها فعندنا إذا أراد بيع جارية قد وطئها قبل البيع لا يجب عليه إن استبرئها بل يستحب ذلك، وقال ابن أبي ليلى: يجب ذلك عليه كما لا يزوّجها قبل الاستبراء وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري والنخعي وهذا غلط، لأن الحرة المسبية لا [١٨٤أ/٦] تستبرئ مرتين فكذلك هذه، والفرق أن النكاح لا يجوز فيمن لا يحل وطؤها في الحال فلا بد من الاستبراء والشراء يصح فيشتري ثم يستبرئ.

فرع

لو حاضت في يد البائع بعد البيع قبل التسليم فيه وجهان: أحدهما: يحتسب به وهو اختيار القاضي الطبري وهو الصحيح، والثاني: لا يحتسب به وهو اختيار أبي حامد والداركي، ولم يذكرا غير هذا الوجه، وغلطا فيه حين ذكرا الضعيف وتركا المذهب الصحيح وكيف يجوز أن يذكر هاهنا وجهاً واحداً، أنه لا يحتسب وذكر أبو إسحاق في «الشرح» أنها لو وصفت قبل أن يتفرقا وقلنا: الملك للمشتري هل يحتسب به؟ وجهان فإذا كان في هذه المسألة فكيف يكون في غير مدة الخيار قبل القبض وجه واحد أنه لا يحتسب؟ وقد قال بعض أصحابنا: يحتسب به هاهنا وجهاً واحداً، وهذا أولى مما قال أبو حامد والداركي، وإن أخل يذكر الوجه الآخر والمذهب هاهنا لأن المزني نقل عن الشافعي أنه قال: ولو لم يفترقا حتى وضعت حملاً لم يحل له من [١٨٤ب/٦] قبل أن البيع إنما تم حين تفرقا عن مكانهما وهذا يدل على أن الاستبراء بعد التفرق صحيح، وإن كان قبل القبض وفي الميراث قبل القبض يحتسب الاستبراء قولاً واحداً.

فرع آخر

لو ابتاع أمة وكانت في عدة من زوج يلزمها أن تكمل بقية عدة الزوج ثم يستبرئها المشتري من بعد اختلافهما في السبب والحكم لأن العدة تجب لزوال الملك ولو عادت بعد الطلاق والدخول للسيد يلزمها العدة من فراق الزوج ثم الاستبراء لاستمتاع السيد ولا ينوب

العدة عن الاستبراء كما لا ينوب الاستبراء عن العدة ذكره في «الحاوي» وذكرنا في كتاب العدة ما قيل فيه.

باب المرابحة

قال: وإذا باعَ مرابحةً على العشرةِ واحداً وقال: قامت علي بمائة ثم قال: أخطأتُ[(١)].

الفصل

بيع المرابحة جائز ولا يكره، وصورته: أن يخبر برأس ماله في السلعة ثم يبيعه بزيادة شيء معلوم في كل درهم أو في كل عشرة فيكون رأس المال معلوماً لهما والزيادة [١٨٥أ/٦] معلومة لهما على كل درهم أو كل عشرة، وقال ابن عمر وابن عباس رضي اللّه عنهم: يكره ذلك ولا يحرم، وقال إسحاق: لا يجوز، لأن الثمن مجهول في ابتدائه وهذا غلط، لأن الثمن معلوم من غير رجوع إليها فجاز، كما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم يجوز، وإن وجب كليهما لمعرفة مبلغ الثمن فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في العبارة التي تصح أن يخبر البائع عن رأس المال فإن لم يكن اتفق عليها ولا عمل فيها يخبر عن رأس ماله بإحدى أربع عبارات: إن شاء قال: اشتريته بكذا وإن شاء قال: هو علي بكذا فأيها قال فقد صدق، فإن كان الشراء بمائة درهم فقال: بعتكه برأس مالي وربح درهم في كل عشرة يعلم أن الثمن مائة وعشرة وعلى هذا هذا الباب وإن كان اتفق عليها مثل أجرة القصار والخياط والصباغ فإنه يخبر بإحدى عبارتين لأنه إن قال: اشتريتها بالثمن وبما اتفق عليها كان كاذباً، وإن قال: رأس مالي كذا كان كاذباً أيضاً لأن رأس المال عند الفقهاء عبارة عن الثمن الذي ملك به السلعة، فإذا كان كذلك يقول قام عليَّ بكذا وهو علي بكذا فيكون [١٨٥ب/٦] صادقاً.

مثاله اشترى بتسعين وأنفق عليه عشرة ثم قال: قام عليَّ بمائة بعتك بمائة وربح درهم في كل عشرة يجوز ولأن كان صادقاً، وإن كان قد عمل فيها عملاً بنفسه فلا يجوز أن يضيف أجرة عمله إلى الثمن ويقول: قام عليَّ أو هو عليَّ بكذا لأن عمله في ملكه لا يتقوّم عليه ولكنه يخبر عن صورة الحال فيقول: اشتريت بكذا وعملت عليه كذا بعتكه بكذا وربح درهم في كل عشرة وعلى هذا رفو الثوب، وكذلك إن تطوع غيره بالعمل له لا يضم إليه.

---

(١) الكلمة غير واضحة في المخطوط.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان أنفق عليها يجوز أن يقول: رأس مالي فيه ويحسب أجرة القصار والخياط، ولكن لا يقول: ثمنه كذا ولا اشتريته بكذا وهو اختيار القاضي الطبري وهو القياس عندي، لأن رأس المال ما قامت به عليه ويطلب به الربح والثمن والنفقة في هذا سواء وعلى هذا مؤونة الكيال والدلال والرصدي ومؤونة الخباز وكري البيت الذي حفظه إن كان البيت يكرى، وإن كان البيت ملكاً أو تولى حمله أو كيله بنفسه لا يضم إليه إلا أن يصرح به على ما ذكرنا، وأما النفقة التي أنفقها على العبد [١٨٦أ/٦] في المأكولات والملبوس لا يحتسب من رأس المال، لأنه لاستبقاء الملك لا أنه مؤونة التجارة، وقيل: إذا أنفق عليه أو كساه بما لا بد منه هل يضيف بلفظ القيام وجهان.

فرع

لو تكرر شراء ثوب عنده مثل إن اشتراه وباعه مراراً ثم أراد المرابحة يخبر بما اشتراه به أخيراً فإن اشترى ثوباً بمائة ثم باعه بمائتين ثم اشتراه بخمسين فلا خيار عن الأخير وهو الخمسون، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يبيعه مرابحة أصلاً لأنه ربح مثل رأس ماله الأخير فليس له رأس مال وهو وجه آخر لأصحابنا.

ولو اشترى بعشرة ثم باعه بخمس عشرة ثم اشتراه بعشرة فرأس ماله عشرة ولا يلزم حط قدر الربح الذي ربحه قبل هذا الشراء الأخير من هذا الثمن الأخير، وقال أبو حنيفة: يخبر بخمسة فيضم أحد العقدين إلى الآخر، وبه قال أحمد وخالفه صاحباه وهذا غلط، لأن الثمن الذي يلي بيع المرابحة عشرة فجاز له أن يخبر به كما لو لم يربح فيها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: قال ابن سريج: هذا أحد الوجهين لأصحابنا [١٨٦ب/٦] في المسألة، قال: وعلى هذا لو اشترى بخمسة وباع بثمانية ثم اشترى بثمانية فرأس المال ثمانية أو خمسة وجهان، وقيل: يخبر بلفظ الشراء بعشرة ولو أراد أن يبيع بلفظ القيام فيه وجهان أحدهما: يقول قام بعشرة وبه قال أبو يوسف ومحمد لأن ملكه في العين قائم عليه بعشرة، والثاني يقول: قام بخمسة وبه قال أبو حنيفة كأجرة الخياطة وهو الصحيح لأن بالإجارة لا يزول الملك بخلاف هذا.

فرع آخر

لو خسر لا يحتسب الخسران في رأس ماله مثل إن اشترى بعشرة فلا يجعل رأس ماله خمسة عشر بل يكون عشرة، وبه قال أبو حنيفة، ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً: أنه يخبر بخمسة عشر عند الخسران بلفظ القيام لأن الخسران كمؤنة الخياطة وهذا بعيد.

فرع

لو ذكر رأس المال وحصته من الربح ده يازده مثلاً ولم يعرف أنه إذا حسب الربح وضم إلى رأس المال كم يبلغ يجوز على ما ذكرنا، لأنه صار بالخبرية معلوماً وإنما بقي الحساب [١٨٧أ/٦] ولو لم يخبره برأس المال ولكنه قال: بعت بربح ده يازده على ما اشتريته فقال: اشتريت ثم أخبره بعد برأس المال لا يجوز وهو المذهب.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان أحدهما: هذا، والثاني: يجوز في المجلس وبه قال أبو حنيفة، لأنه مبني على العقد الأول وقد اعتمد أمانته، وقد يشتري صبرة جزافاً بكف من دراهم لا يكون تفصيل ذلك معلوماً لهما ويجوز وهذا غلط، لأنه وقع العقد على المجهول، ولهذا لو لم يكن عقد مرابحة فقال: بعتكه بما اشتريته لا يجوز، وإن لم أعلم بعده ويفارق الصبرة لأنه يعلمها بالمشاهدة، وقيل فيه وجه ثالث: يجوز، وإن أعلم بعد المجلس لأن الثمن فيه مرتب على الثمن في العقد الأول ويمكن معرفته بالرجوع إليه وعلى هذا الخلاف لو اشترى بكف من الدراهم جزافاً ثم باع مرابحة قبل أن يزن الدراهم وعلى هذا جرت العادة بين التجار أنهم يكتبون ثمن كل سلعة عليها برقم لهم فيرجعون إليه وقت البيع فلو قال: بعتك هذه برقمها فالحكم على ما ذكرنا لأنه [١٨٧ب/٦] يمكن الرجوع إلى الرقم كما يمكن الرجوع إلى خبره في بيع المرابحة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: لو كان اشتراه مريضاً فعالجه وداواه فمال المعالجة والمداواة تضاف بلفظ الكتابة، وإن مرض فداواه هل تضاف إليه؟ وجهان.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً بمائة ثم باعه من غلام دكانه الحر بمائة ثم اشتراه بمائتين حل له أن يخبر عن الثمن الثاني، ولكنه يكره البيع الأول إذا قصد كهذا لأنهما تعاقدا على أن يبيعه منه، وإن لم يصرح به ولو شرط وذكر في العقد بطل وهذا أصل وهو أن كل ما لو صرح به المتعاقدان بطل العقد فإذا عقدا وهما يقصدان ذلك أو يعتقدانه يوجب الكراهة، وإن لم يبطل به العقد، وقال بعض أصحابنا المتأخرين: إذا قصد ذلك لمخبر به في بيع المرابحة كان تدليساً محرماً في الشرع، وإذا بان له ذلك يثبت به الخيار وهذا حسن عندي.

فرع آخر

لو اشتراه من أبيه أو ابنه الكبير لا يلزمه الإخبار عنه وبه قال أبو يوسف [١٨٨أ/٦]

ومحمد، وقال أبو حنيفة وأحمد: يلزمه الإخبار عنه لأنه متهم في المسامحة معهم فيشتريه بأكثر كما لو اشترى من عبده ومكاتبه وهذا غلط، لأنه أخبر بما اشتراه به عقداً صحيحاً فجاز كما لو اشتراه من صديقه، وأما البهيمة تبطل بهذا الأصل.

وأما المكاتب فيحتمل أن لا يسلم ولئن سلمنا فلأنه غير مميز من ملكه بخلاف مال الأب والابن.

فرع

قال أصحابنا بخراسان: لو اشترى من ابنه الصغير يلزمه الإخبار لأنه الناظر في ذلك العقد فهو متهم في حق المرابحة، وإن كان آمناً على ولده في حقه.

فرع آخر

إذا اشترى ثوباً بمائة إلى سنة فباعه مرابحة يلزمه الإخبار عن الأجل، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان وليس بشيء ولو لم يخبر عن الأجل وباع مرابحة يصح البيع، فإذا أعلم المشتري بالحال كان بالخيار بين أن يقبله ذلك حالاً أو يرد لأنه ظهر منه تدليس زاد لأجله في الثمن فهو كالمصراة سواء، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لزم البيع حالاً ولا خيار [١٨٨ب/٦] وقال الأوزاعي: يلزم العقد ويلزم الثمن في ذمة المشتري مؤجلاً تقدر ذلك الأجل، وبه قال أحمد وإسحاق لأنه ملكه بما اشتراه فثبت مؤجلاً كما اشترى وهذا غلط، لأنه لم يرض بذمة المشتري وقد يكون ذمته دون ذمة البائع، وقال سفيان الثوري: إن كانت السلعة قائمة فللمشتري الخيار، وإن كانت تالفة لزمه الثمن حالاً.

فرع آخر

لو اشترى عبداً بمائة ثم علم به عيباً بعد أن حدث عنده عيب آخر كان له الرجوع بأرش العيب على البائع فإذا رجع فيه وكان في التقدير عشرة دراهم حصل له العبد بتسعين فإذا أراد بيع المرابحة لا يجوز أن يقول: اشتريته بتسعين لأنه اشتراه بمائة فنجبر عن التسعين بإحدى عبارات ثلاث فيقول: رأس مالي فيه تسعون أو يقوم علي بتسعين أو هو علي بتسعين.

فرع آخر

لو اشترى عبداً ثم جنى على جناية أرشها عشرة فأخذ ذلك هل يجوز أن يخبر بالمائة أم لا؟ فيه وجهان أحدهما: لا يخبر إلا بتسعين لأن الأرش بدل جزء منه فهو كالأرش

المأخوذ في المسألة الأولى عند حدوث عيب آخر به [١٨٩أ/٦] والثاني: له أن يخبر بمائة لأن الأرش لا يرجع إلى العقد بل هو بسبب حادث كالكسب والأول أصح، فإذا قلنا: يخبر بتسعين فأخبر ثم علم المشتري بالجناية فلا خيار، وإذا قلنا: لا يلزمه الإخبار به، ويجوز أن يخبر بمائة فعلم المشتري بالجناية وكان أخبر بمائة له الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً بمائة فجنى العبد جناية أرشها عشرة ففداه السيد يخبر بما اشتراه ولا يضم الفداء إلى رأس المال كما لو مرض فأنفق عليه لا يضم النفقة إلى رأس المال ويفارق أجرة القصار؛ لأنه يحصل بها زيادة في المبيع بخلاف الفداء، وكذلك إن أغصبه غاصب فبذل له شيئاً حتى رده إليه لم يجز له ضمه إليه.

فرع آخر

لو حدث بما اشترى عيب في ملكه إما قبل القبض أو بعده ثم أراد أن يبيعه مرابحة يلزمه الإخبار بأن العيب حدث في ملكه فإن لم يخبر لم يحل له ولكن البيع صحيح كما لو كذب في رأس المال ثم إذا علم المشتري له الخيار أعني إذا كان عالماً بالعيب ولكنه لم يعلم أنه حصل في [١٨٩ب/٦] ملكه بل ظنَّه قديماً فإذا علم أنه حصل في ملكه له الخيار، وقال أبو حنيفة: إن كان العيب بآفة سماوية لا يلزمه الإخبار عنه وهذا غلط قياساً على ما لو كان بجناية آدمي وعلى هذا لو زوّجها فالتزويج عيب يلزمه الإخبار عنه، وقيل: فيه وجه لا يلزمه ذلك وهو غلط عندي.

فرع آخر

لو اشترى عبدين أو ثوبين له أن يبيع أحدهما بحصته من الثمن مرابحة ويقسط الثمن على قيمتها وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يجوز لأن قسمة الثمن على القيمة بالحزر والظن، وربما يقع فيه الخطأ وهذا غلط لأنه لو باع شقصاً وسيفاً بقسط الثمن على قدر القيمة عند الأخذ بالشفعة ويقوّم المسروق لقطع يد السارق فجاز مثله هاهنا.

فرع آخر

لو اشترى مائة قفيز من حنطة بمائة درهم ثم أراد أن يبيع قفيزاً منها مرابحة جاز أن يخبر بأن ثمنه درهم لتقسيط الثمن على أجزائها ووافقنا فيه أبو حنيفة، وقال في «الحاوي» - في الحنطة - قال أصحابنا: لا يجوز كما لا [١٩٠أ/٦] يجوز في أحد العبدين إذا كان

اشتراهما معاً وهذا غريب انفرد وهو عين قول أبي حنيفة، وعلى ما ذكرنا لو كان عبداً واحداً يجوز أن يبيع نصفه بقسطه من الثمن.

فرع آخر

لو أسلم في ثوبين بصفة واحدة وقبضهما له أن يبيع أحدهما مرابحة ويخبر بحصته من الثمن، وقال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك لأن الثوبين يختلفان حال التعيين وهذا غلط، لأن الثمن وقع عليهما متساوياً فهو كما لو اشترى قفيزين فإن حصل في أحدهما نقصان في الذمة فذلك كالحادث بعد الشراء فلا يمنع بيع المرابحة، فإن أخذ دون حقه في الصفة يلزمه الإخبار حينئذٍ.

فرع آخر

لو اشترى نخلة غير مطلعة فأطلعت في يده وأخذ الثمرة أو شاة ليس عليها صوف فنبت الصوف وجَزّه أو حلب لبنها الحادث في ملكه ثم أراد بيعها مرابحة يخبر بالثمن الذي اشتراها لأن ما أخذه حادث في ملكه لا مقابلة من الثمن بشيء وحكي [١٩٠ب/٦] عن أبي حنيفة يلزمه الإخبار بذلك، ولو كانت النخلة مطلعة أو كانت الشاة ذات صوف ولبن يحط مقسطه من الثمن لأنه يأخذ قسطاً من الثمن فهو كما لو اشترى شاتين ثم باع أحدهما.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً فصبغه فالصبغ عين قائمة له أن يخبر بما اشتراه به ويضيف إليه الصبغ.

فرع آخر

لو حط البائع عنه بعض الثمن فإن كان قبل لزوم العقد وهو في مدة الخيار أخبر بالثمن الذي بقي بعد الحط، وهكذا لو زاد وبه قال عامة أصحابنا، وقال أبو علي في الإفصاح: هذا إذا قلنا: الملك للبائع فأما إذا قلنا: الملك للمشتري لا يلزمه أن يحط من الثمن لأنه ملك بالثمن الأول، وإن كان الحط بعد لزوم العقد لا يلحق العقد فيخبر بالثمن الأول لأنه هبة مجددة، وقال أبو حنيفة: يلزمه حطه وهذا على أصله أن الحط بكل حال لمحق أصل العقد، وقال ابن أبي ليلى: لا يلزم الإخبار عنه بحال وإن كان في زمان الخيار.

فرع آخر

لو اشترى العامل في المضاربة ثوباً [١٩١أ/٦] بمائة وباع من رب المال بمائة وخمسين ثم أراد بيعه مرابحة لا يجوز أن يخبر إلا بمائة وخمسة وعشرين لأن نصف الربح

له ذكره في «الحاوي» وهو غلط، لأن العامل في القراض لا يبيع مال القراض من رب المال لأنه ملكه نص عليه الشافعي.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً بمائة فأخبر في المرابحة بأنه اشتراه بتسعين هل يكون كاذباً في إخباره؟ وجهان أحدهما: لا يكون كاذباً لدخول التسعين في المائة فعلى هذا الإخبار للمشتري إذا علم به، والثاني: يكون كاذباً لأن التسعين بعض الثَّمَن في مقابلة بعض المبيع فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن، وفي مقابله جميع الثمن فعلى هذا الوجه للمشتري الخيار في الفسخ ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

يجوز بيع المواضعة وهو ضد بيع المرابحة وصورته أن يقول: اشتريت هذا بمائة بعتك برأس مالي ووضيعة درهم في كل عشرة، فإذا قال هكذا كيف يكون حكمه؟ قال أصحابنا: لا نص فيه ولكن معنى هذا الكلام وضيعة واحد من عشرة كما لو قال في المرابحة: ربح درهم على كل عشرة كان الربح [١٩١ب/٦] بعد العشرة فكذلك في المواضعة الوضيعة من غير العشرة فعلى هذا يرد كل أحد عشر درهماً من رأس المال عشرة فيصير آخذاً لهذا الثوب بأحد وتسعين درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم لأن التسعة والتسعين ردت إلى تسعين والدرهم الباقي أسقط منه جزءاً من أحد عشر جزءاً، وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو ثور: يرد كل عشرة من رأس المال إليه تسعة فيكون الثمن تسعين وبه قال محمد، وهو اختيار القاضي الطبري، وهو الصحيح عندي، وقال أبو حامد: الذي عندي أنه إن قال بوضيعة درهم من كل عشرة فكما قال أصحابنا ولو قال: بعتك بوضيعة العشرة واحداً فهذه عبارة محتملة وبهذه العبارة فرض الكرخي المسألة في مختصره، والخلاف في هذه المسألة بين العلماء في هذه الصورة، وقال في «الحاوي»: في المسألة وجهان والأصح أنه يعتبر لفظ العقد، وإن قال بالوضيعة لكل عشرة واحداً ردت الأحد عشر إلى عشرة، ولو قال بالوضيعة من كل عشرة واحداً ردت العشرة إلى بعضه لأن لفظة من تقتضي إخراج [١٩٢أ/٦] واحد من العشرة ويخالف معنى اللام.

وذكر بعض أصحابنا: إن من واللام في هذا سواء وهذا غلط، لأن من لا تحتمل إلا ما ذكرنا، وعلى هذا الذي ذكرنا لو قال: رأس مالي عشرة فبعت منك بوضيعة ده يازده يلزمه تسعة وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم لأن تقدير الكلام بعتك من كل أحد عشر

بعشرة فيجب أن ينقص هاهنا درهم إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، وبه قال أبو يوسف وابن أبي ليلى، وعلى ما قال محمد وأبو ثور يلزم تسعة وعلى ما ذكرنا إذا قال: بوضيعة العشرة درهمين يضاف الدرهمان إلى العشرة فيصير اثنى عشر قدر الوضيعة منها السدس فيوضع السدس من رأس المال فيصير الثمن ثمانية، وقلت على قول عامة أصحابنا وعلى هذا أبداً فإذا تقرر هذا رجعنا إلى مسألة الكتاب.

وهي إذا قال: اشتريت هذه السلعة بمائة وباعها مرابحة على كل عشرة درهم ثم قال: أخطأت وإنما كنت اشتريتها بتسعين فالبيع صحيح، قال الشافعي: وهي واجبة للمشتري برأس مالها وبحصته من الربح [١٩٢ب/٦] وقال بعد هذه المسألة: ولو علم أنه خانه حطت الخيانة وحصّتها من الربح فإن كان المبيع قائماً كان للمشتري أن يرده فجعل للمشتري الخيار، هكذا نقل المزني وأراد به إذا علم ذلك بالبينة ففرق بين الإقرار والبينة، وقال في «اختلاف العراقيين» في المسألة قولان: أحدهما: يمسكها المشتري بمائة وعشرة أو يرد، والثاني: وجبت للمشتري تسعة وتسعين وظاهر المذهب أنه لا فصل بينهما، وفي الجملة في المسألة قولان كم يكون ثمنها؟

إحداهما: ثمنها مائة وعشرة وبه قال أبو حنيفة ومحمد لأن المشتري دخل في العقد على أن يمسكها بهذا القدر ولم يرض للبائع أن يبيع بدون ذلك، والثاني: ثمنها تسعة وتسعون وبه قال أبو يوسف: وهو الأصح لأن العقد عقد مرابحة، فلا بد من اعتبار الثمن الأول في العقد الثاني، وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا قال: أخطأت فإن قال: كذبت فظهر بالبينة أنه كذب فلا خلاف في وجوب الحط وهذا غريب، فإذا قلنا بالقول الأول فالمشتري بالخيار إن شاء [١٩٣أ/٦] أمسكها بهذا القدر، وإن شاء فسخ لأن الخيانة قد ظهرت ولم يرض هو بها فإن فسخ فلا كلام، وإن أمسكها بمائة وعشرة فلا خيار للبائع لأنه لم ينقص عما باع به وعلى هذا لو قال البائع: أنا أحط عنك قدر الجناية وحصتها من الربح هل يسقط خيار المشتري؟ وجهان:

أحدهما: يسقط كما لو زال العيب، والثاني: لا يسقط لأنه لا يؤمن أنه خانه من وجه أخر، وإذا قلنا بالثاني فهل للمشتري الخيار ذكره المزني وحرملة لأنه إذا اطلع من البائع على جناية لم يأمن من جنايته مرة ثانية والمعول من بيع المرابحة على الأمانة، وربما حلف أن يشتريها لمائة وعشرة فإذا بان أيضاً مبيعه بأقل من ذلك لم يبر في يمينه.

والثاني: وهو الأصح لا خيار له لأنه قد زاده خيراً بنقصان الثمن فلا يثبت الخيار كما لو باعه عبداً على أنه أمي فإذا هو كاتب لا خيار، ومن أصحابنا من ذكر طريقة ثانية وهي: أنه إذا ثبت بإقراره لا خيار والفرق أنه إذا ثبت بالبينة يقدح ذلك في أمانته وثقته وبالإقرار ترتد أمانته وهذه الطريقة أظهر وأشبه بالمذهب، [١٩٣ب/٦] ومن أصحابنا من ذكر طريقة ثالثة وهي: أنه إن كانت السلعة قائمة له الخيار سواء ثبت الخيانة بالبينة أو بالإقرار، وإن كانت تالفة لا خيار سواء يثبت بالبينة أو بالإقرار، والصحيح الطريقة الأولى.

وقال القاضي أبو حامد في «جامعه»: قد قيل: لا يصح البيع بتسعة وتسعين إلا بتجديد العقد لأن هذا الثمن لم يكن معلوماً عند العقد الأول، ولا يجوز بيع شيء يكون ثمنه مجهولاً عند العقد وهذا قول بعض أصحابنا ذكره في «الحاوي» وهو غلط، لأن أكثر ما فيه أنه دلس على المشتري تدليساً يزاد الثمن لأجله، وهذا لا يبطل البيع كما لو دلس العيب فإذا قلنا: له الخيار فاختار الإمساك فهل للبائع الخيار؟ وجهان، وقيل قولان: أحدهما: له الخيار لأنه دخل في العقد على أن يحصل له مائة وعشرة، فإذا لم يحصل له ذلك كان له الخيار وعلى هذا لو اختار المشتري التزام الزيادة سقط خيار البائع، والثاني: لا خيار له لأنه رضي بأن يكون ربحه ما شرطه، ومن أصحابنا من قال: هذا إذا ثبت بالبينة لأنه يقول رأس مالي مائة والشهود [١٩٤أ/٦] كذبة فيما شهدوا به، فأما إذا اعترف بذلك فلا خيار له وهذا اختيار القاضي الطبري.

فرع

إذا كانت السلعة تالفة قال بعض أصحابنا: نص الشافعي في كتبه أنه لا خيار للمشتري وتكون لازمة له بتسعة وتسعين، لأنا لو أثبتنا الخيار هاهنا لدخل على البائع ضرر والضرر لا يزال بالضرر، ومن أصحابنا من قال: يبقى خياره فيرد قيمته ويسترجع الثمن ذكره القاضي الطبري، وأما على القول الذي يقول ثمنها مائة وعشرة ولا يسقط حقه بالتلف ويكون بمنزلة المعيب يستره عن المشتري فلا يسقط حقه بتلفها ولا وجه للفسخ لما ذكرنا، كما لو تلف المعيب في يد المشتري لا يفسخ البيع فيه، فإذا تقرر هذا قال الشافعي في مسألة الخيانة التي ذكرناها:

ولم أفسد البيع لأنه لم يتعقد على محرم عليهما معاً، وإنما وقع محرماً على الخائن منهما كما يدلس له العيب فيكون التدليس محرماً، وما أخذ من ثمنه محرماً وكان المشتري في ذلك الخيار فصح القول في موضع التدليس بأنه محرم مع حكمه بأن البيع صحيح منعقد [١٩٤ب/٦] وهذا من المشكل، ولهذا الإشكال اعترض المزني فقال: ولو كان ثمنها

حراماً، وبه وقعت العقدة كان البيع فاسداً أرأيت لو اشتراها بجارية فدلّس المشتري كما دلس البائع فيما باع، فهذا حرام بحرام يبطل به البيع وليس كذلك إنما حرم عليه التدليس والبيع نفسه جائز، وإن كان من أحدهما سبب يحرم وليس السبب هو البيع، ولو كان هو البيع لحرم البيع وفسد الشراء وهذا مسطور في بعض نسخ المزني.

وأجاب أصحابنا عن هذا بأن مراد الشافعي تحريم فعل التدليس واكتساب الثمن به، وقال الإمام أبو محمد الجويني: ليس هذا بإنصاف للمزني لأن الشافعي قال: فيكون التدليس محرماً فأفادنا تحريم هذا الفعل ثم زاد فقال: وما أخذ من ثمنه محرماً فلا بد من زيادة فائدة والأحسن في جواب المزني أن يقال: لفظ التحريم ربما يطلق والمراد به السرية، وهكذا نقول فيمن دلس في بيع وأخذ ثمنه المستحب من طرق التبرية أن يعد هذا الثمن من جملة المحرمات تحرجاً [١٩٥أ/٦] لا تحريماً، وقد قال الشافعي: وحرم التدليس على معنى أنه إثم وتغرير لا على معنى أن البيع معه غير منعقد فلذلك قوله: وما أخذ من ثمنه محرماً أي: محرم الأخذ لا محرم العين وهذا أولى من الجواب الأول، وقيل: أراد الشافعي أنه لم يكن محرماً لمعنى يعود إلى المعقود عليه بل لمعنى في العاقد فلا يضر صحة البيع.

مسألة: قال: فإنْ قالَ: ثَمنهَا أكثرُ منْ مائةٍ وأقامَ على ذلك بينةٌ لم يقبلْ[١].

إذا باع شيئاً مرابحة على كل عشرة درهم وقال: اشتريت بمائة وتفرقا عن تراض منهما ثم رجع البائع إلى المشتري، وقال: غلطت كنت اشتريته بمائة وعشرة دراهم وأنا استحق عليك أحد عشر درهماً لا يقبل قوله في ذلك، لأنه أقر في الأول بأقل من ذلك فلا يقبل رجوعه عن إقراره، وإن أقام على ذلك شاهدين لم تقبل شهادتهما دلالة كذبهما بإقراره الأول، ومن كذب بينة نفسه لم يقبل منه، ولو قال: احلفوا لي المشتري أنه لا يعلم صحة ما أقول فهل يحلف أم لا؟ من [١٩٥ب/٦] فالقول قول المشتري كذلك هاهنا.

باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل من الثمن

مسألة: قال: ولا بأسَ أن يبيعَ السلعةَ إلى أجلٍ ثمَّ يشتريَهَا من المشتري.

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٥/ ٢٧٩).

الفصل

القصد به جواز بيع العينة وصورته أن يبيع السلعة إلى أجل ثم يشتريها من المشتري بأقل نقداً يصح البيع الأول والثاني جميعاً، وكذلك لو اشتراها بمثل ذلك الثمن أو بأكثر وبه قال ابن عمر وزيد بن أرقم رضي اللّه عنه، وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يشتريها بأقل من الثمن الأول، وبه قال ابن عباس وعائشة رضي اللّه عنهما، وهو قول مالك وأحمد وإسحاق، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يشتريها بسلعة قيمتها أقل من قدر الثمن قال: ولو باعها بدراهم ثم اشتراها بدنانير قيمتها أقل من قدر الثمن لم يجز استحساناً، قال: وإن باعها بأجل ثم اشتراها بأكثر من ذلك الأجل لا يجوز قال: ولو اشتراها وكيله له بأقل من ذلك الثمن جاز [١٩٦أ/ ٦] قال: ولو اشتراها والد البائع لم يجز بأقل من الثمن الأول وهذه مناقضات.

واحتجوا بما روي أن امرأة أتت عائشة رضي اللّه عنها فسألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم قالت: بعت من زيد بن أرقم فرساً بثمان مائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة نقداً فقالت: بئس ما شريت وبئس ما بعتِ أخبري زيد بن أرقم: «أنه قد أبطل جهاده مع رسول اللّه ﷺ إلا أن يتوب»[1]، وأجاب الشافعي عن هذا بأن هذا الخبر غير ثابت لأنه رواية امرأة أبي السفر عن عائشة بنت عجرد وهما مجهولتان ثم إن ثبت نحمله على أن عائشة رضي اللّه عنها عابت البيع إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم ثم قال: وزيد صحابي فإذا اختلفوا فمذهبنا القياس وهو مع زيد وهو ما ذكر أن السلعة ملكه فله أن يبيع كيف شاء وهل يدل على أن القياس لا يقتضيه، وقول الصحابي إذا اجتمعا في مسائل اختلفت الصحابة فيها تقديم [١٩٦ب/ ٦] الناس، وإن كان القول الثاني: صادراً عن كبراء الصحابة[2] بما يقولون قصد هذا العاقد أن يعطي خمس مائة ليسترد .... زمان ألفاً وهذا عين الربا قلنا: قصده الفرار من الربا[3] وقدر هذا التقدير لما جاز أن يشتريها بسلعة قيمتها[4] أيضاً.

---

(١) انظر «**الحاوي**» (٥/ ٢٨٤).

(٢) (٣) (٤) العبارات غير واضحة في المخطوط.

محتوى الجزء السادس من كتاب بحر المذهب

كتاب البيوع